



ESMPU

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 20 – Número 57 – julho/dezembro 2021

ISSN 1676-4781



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 20 – Número 57 – julho/dezembro 2021
Brasília-DF



República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Vice-Procurador-Geral da República
HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Escola Superior do Ministério Público da União

Diretor-Geral
PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Diretor-Geral Adjunto
MANOEL JORGE E SILVA NETO

Secretário de Educação, Conhecimento e Inovação
CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO

Secretária de Comunicação Social Substituta
TATIANA JEBRINE

Secretário de Administração
IVAN DE ALMEIDA GUIMARÃES

Secretário de Tecnologia da Informação
RAJIV GEEVERGHESE

Editora Coordenadora
BÁRBARA NUNES FERREIRA BUENO

Boletim Científico
Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Quadra 603 Lote 22 | 70200-630 – Brasília-DF
(61) 3553-5523 | 5524
www.escola.mpu.mp.br | divep@escola.mpu.mp.br

© *Copyright* 2021. Todos os direitos autorais reservados.

Coordenação Editorial

Bárbara Nunes Ferreira Bueno

Secretaria de Comunicação Social

Tatiana Jebrine – Secretária Substituta

Divisão de Editoração e Publicações

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Núcleo de Preparação e Revisão Textual

Carolina Soares

Núcleo de Produção Gráfica

Sheylise Rhoden

Preparação de originais e revisão de provas

Carolina Soares, Davi Silva do Carmo e Sandra Maria Telles

Capa e projeto Gráfico

Ana Manfrinato

Diagramação

Sheylise Rhoden

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 20, n. 57, jul./dez., 2021

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

As opiniões expressas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Sumário

Controle de convencionalidade e o papel das autoridades nacionais: estudo comparativo entre Brasil e França <i>Alan Salvador Paes</i>	7
Apontamentos sobre a posição preferencial do direito à liberdade de expressão <i>Ana Elisa Silva Miranda</i>	44
A necessidade de aprimoramento do instituto da prescrição na Lei n. 8.429/1992 <i>André Luiz Silva Batista</i>	67
A Administração Pública e o terceiro setor: reflexões sobre o chamamento público da Lei n. 13.019/2014 <i>Carolina Penna Nocchi</i>	79
O procedimento promocional do Ministério Público do Trabalho (PROMO) como via eleita para a promoção do trabalho doméstico fronteiriço <i>Cristiane Moraes Almeida Pereira</i>	106
História das políticas baseadas em “identidade de gênero” no Brasil e no mundo <i>Eugenia Rodrigues</i>	126
A metodologia SJPCMI (digitização toyotizada de fluxos processuais) aplicada ao Ministério Público da União <i>Hassany Alaouieh Chaves</i>	154
Análise acerca dos contratos de transporte no ordenamento jurídico brasileiro <i>Júlia Martins Machado</i>	196

Doutrina Chenery e o controle jurisdicional de atos administrativos discricionários: uma análise do caso do Trevo do Castelinho em Santa Maria-RS

Julian Ritzel Farret e Ariela Zuchetto Navarro 220

Inteligência artificial e polícia preditiva: limites e possibilidades

Primonata Silva Brillhante Telles 247

Da necessidade da implementação de políticas públicas no combate ao racismo estrutural

Renata Guimarães Andrade Tanure 264

Termo de ajuste de conduta no âmbito disciplinar dos servidores do Ministério Público da União

Robson Luiz de Souza Braga 285

Estigmas do controle social instrumentalizado no *jus puniendi*: lesões aos preceitos fundamentais do direito brasileiro a partir de uma perspectiva da Criminologia Crítica

Thamiris de Azevedo Feitosa Araujo 305

Controle de convencionalidade e o papel das autoridades nacionais: estudo comparativo entre Brasil e França

Alan Salvador Paes

Servidor Público do MPF. Mestre em Direito Público Comparado pela Universidade Paris II (*Panthéon-Assas*). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Paris II. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS.

Resumo: O controle de convencionalidade das normas internas evoca sobretudo as relações mantidas entre as ordens de direito supranacionais e as ordens estatais dos países que as integram. Uma comparação nesses termos requer sejam consideradas, na medida do possível, determinadas particularidades de cada Estado, como em quais sistemas e blocos regionais estão inseridos, bem como o grau de abertura das respectivas ordens jurídicas e de suas autoridades ao direito internacional. Nesse sentido, busca-se realizar um estudo comparado sobre o estado da arte dos mecanismos de controle de convencionalidade no Brasil e na França. Ao explorar a temática, almeja-se identificar boas práticas e soluções institucionais adotadas por esses dois países, visando à efetividade das normas convencionais, além de se procurar destacar os desafios existentes e as possíveis linhas de ação para que se desenvolva uma cultura de respeito à convencionalidade, seja no âmbito das jurisdições ou em outros níveis institucionais.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Brasil. França. Estudo comparado. Efetividade. Proteção de direitos.

Abstract: The conventionality control of internal rules mainly evokes the relations maintained between supranational orders and the state orders of the countries that integrate them. A comparison in these terms requires considering, as far as possible, certain particularities of each State, such as which systems and regional blocks they are inserted, as well as the degree of openness of the respective law orders and their authorities to international law. In this sense, this article intends to approach, from a comparative

perspective, the conventionality control mechanisms in Brazil and France. When exploring the theme, the purpose is to identify good practices and institutional solutions adopted by these two countries, aiming at the effectiveness of conventional standards, in addition to seeking to highlight the existing challenges and possible lines of action for a culture of respect for conventional agreements, either within jurisdictions or at other institutional levels.

Keywords: Conventionality control. Brazil. France. Comparative study. Effectiveness. Rights protection.

Sumário: 1 Introdução. 2 A França e o desenvolvimento da cultura de controle da convencionalidade. 2.1 A habilitação do controle de convencionalidade na França e a predileção histórica das jurisdições pela legalidade. 2.2 O aprofundamento da convencionalidade como uma espécie de controle de equidade. 2.3 O sistema convencional da Corte EDH e o “diálogo das autoridades normativas”. 3 Brasil e a resistência institucional à convencionalidade. 3.1 O sistema interamericano e o *soberanismo* do Estado brasileiro. 3.2 A compreensão jurisdicional da convencionalidade. 3.3 O engajamento das autoridades nacionais em favor de um diálogo convencional. 4 Conclusões.

1 Introdução

O controle de convencionalidade das leis e dos atos normativos coloca-se como um instrumento favorável à integração dos povos que contribui para a harmonização de diferentes ordens jurídicas, incidindo sobre algumas temáticas consideradas importantes pela comunidade internacional ou por blocos regionais. Além disso, apresenta uma função relevante para o respeito dos direitos humanos, que se querem universais, elaborados em instâncias supranacionais.

No entanto, diferentes concepções marcam a aplicação desse mecanismo de controle normativo nos diversos países, sendo por vezes um mecanismo jurídico bastante corrente e esclarecido em algumas jurisdições, ao passo que outras nações relutam em conferir uma aplicação adequada ao controle da convencionalidade. Tais diferenças, assim como eventuais melhoramentos necessários, podem-se vislumbrar, por exemplo, a partir de um estudo compa-

rado acerca do estado da implementação jurisdicional da convencionalidade em países como a França e o Brasil.

É certo que algumas especificidades regionais marcam a funcionalidade dos dispositivos convencionais nesses dois países. Entretanto, a comparação jurídica nos permite aproximar o funcionamento, o grau de efetividade do mecanismo em si e também sua maneira de inserção em diferentes sistemas jurídicos.

Na França, adianta-se, a convencionalidade porta um caráter mais amplo, pois pode ser invocada tendo por base seja o direito comunitário (regras e diretivas da União Europeia), sejam as normas contidas na Convenção Europeia de Direitos Humanos (sistema de proteção regional dos direitos humanos). Por sua vez, no Brasil, de maneira mais restrita, o controle de convencionalidade dedica-se notadamente à aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Além disso, refere-se que praticamente trinta anos separam a possibilidade do controle de convencionalidade na França e no Brasil. O desenvolvimento desse instrumento de controle normativo em ambos os países adveio de construção jurisprudencial orientada pelo Poder Judiciário; na França, à época, elaborada pelo Conselho Constitucional (1975) e no Brasil, a partir de uma decisão do STF (2008).

Essa experiência acumulada ao longo dos anos pela França, combinada às possibilidades mais amplas de controle de convencionalidade e a uma maior assertividade na delimitação dos contornos da convencionalidade pela jurisdição francesa, denota um importante respeito às engrenagens convencionais por suas instâncias nacionais (o qual, diga-se, foi paulatinamente construído), e, por consectário, uma maior efetividade na aplicação das normas supranacionais/convencionais de proteção em âmbito local.

Acredita-se que, sob certos aspectos, essa *expertise* adquirida pela França sobre a aplicação da convencionalidade (e sua distinção conceitual, com contornos bem marcados em relação ao controle

de constitucionalidade) pode, de certo modo, contribuir para o desenvolvimento esclarecido desse mecanismo jurídico no Brasil, cuja jurisdição (principalmente de instância superior) vem-se mostrando deveras reticente à aplicação adequada do controle convencional das normas, em comparação seja aos países europeus, seja a outros países da América Latina.

2 A França e o desenvolvimento da cultura de controle da convencionalidade

Historicamente, a França sempre guardou um espírito diplomático de engajamento na elaboração das declarações de direitos e na celebração de tratados bilaterais ou multilaterais com outras nações, destacando-se também como participante nos sistemas e órgãos internacionais de proteção e para a promoção de direitos.

2.1 A habilitação do controle de convencionalidade na França e a predileção histórica das jurisdições pela legalidade

A incorporação e o respeito ao mecanismo do controle de convencionalidade na França não se deram do dia para a noite, sendo resultado de um comprometimento paulatino das autoridades estatais para com a convencionalidade dos tratados em âmbito doméstico. Isso se deve à reverência quicé excessiva dos juízes franceses com relação à lei e ao legislador, bem como ao princípio de separação de poderes,¹ heranças do sistema político e de direito instaurado com a Revolução Francesa. Assim, tanto o controle de constitucionalidade difuso pelas instâncias ordinárias do Judiciário (isto é, a hipótese de se afastar a lei no caso concreto – bastante comum no Brasil) como a prevalência das normas internacionais sobre uma lei interna posterior encontraram historicamente resis-

1 BORÉ, Valérie. L'attitude récente du Conseil d'État à l'égard du droit international. *Revue juridique de l'Ouest*, Rennes, n. 2, p. 191-236, 1999. Disponível em: www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_1999_num_12_2_2520. Acesso em: 14 jan. 2021.

tências no seio das ordens judiciárias francesas. Essa cultura legalista adquiriu uma atualização por meio de uma nova leitura de dispositivos da Constituição francesa de 1958, tal qual interpretada pelas cortes superiores em decisões exaradas a partir de 1975.

Os dois principais segmentos para o controle de convencionalidade na França são o direito da União Europeia e a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.²

Desde a Constituição referente à V República Francesa, datada de 1958, os tratados e convenções internacionais passaram a ter uma autoridade superior à legislação ordinária a partir da sua ratificação,³ nos termos do artigo 55 da Constituição francesa.

Em meados dos anos 1960,⁴ a Corte de Justiça das Comunidades Europeias (CJCE) já consagrou, por meio jurisprudencial, a primazia do direito comunitário sobre as leis nacionais. Todavia, na França, a prática da prevalência dos tratados sobre as leis somente foi trazida a lume a partir da década de 1970.

Em 1975, no âmbito do *affaire IVG*⁵ (sobre a lei que trata da *interrupção voluntária da gravidez*), em que os requerentes invocavam a Constituição e ao mesmo tempo a Convenção Europeia sobre

2 A Convenção europeia relativa aos direitos humanos foi celebrada em 1950, entrou em vigor em 1953 e foi ratificada pela França tardiamente em 1974. Conjuntamente com a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Convenção representa um mecanismo de promoção e proteção dos direitos humanos no âmbito do Conselho da Europa (atualmente formado por 47 países), organização que ultrapassa, em termos de amplitude, os países que formam o bloco da União Europeia.

3 Segundo a doutrina majoritária, a Constituição francesa adota, assim, uma concepção monista no que concerne ao direito internacional, segundo a qual o direito interno e o direito estrangeiro passam a constituir uma ordem única e em harmonia. Além disso, a Constituição anterior, de 1946, já conferia o *status* de legislação ordinária aos tratados aprovados pela França.

4 Vide as decisões CJCE, *Van Gand en Loos*, de 5 de fevereiro de 1963, e CJCE, *Costa/Enel*, de 15 de julho de 1964.

5 Conselho Constitucional (francês), decisão n. 74-54 DC, 15 de janeiro de 1975, caso *IVG*.

Direitos Humanos objetivando impugnar a referida legislação, o Conselho Constitucional firmou o entendimento de que, primeiramente, o controle de constitucionalidade se distingue, em sua natureza, do mecanismo do controle de convencionalidade. E de acordo com essa jurisprudência, competiria precipuamente ao Conselho Constitucional (em uma tradição objetiva) a realização da avaliação da constitucionalidade, ao mesmo tempo que incumbiria à jurisdição ordinária francesa efetivar o controle de convencionalidade das leis com fundamento nos tratados internacionais.

Conferido esse mandato por parte do Conselho Constitucional às jurisdições ordinárias, cumpriria agora às jurisdições (judiciária e administrativa) tomar a iniciativa a fim de realizar essa espécie de controle normativo da convencionalidade. Sem tardar, a Corte de Cassação (instância superior da ordem judiciária), no mesmo ano de 1975, forjou o seu posicionamento favorável ao controle de convencionalidade pelos seus tribunais, mediante a decisão *Jacques Vabre*.⁶ Por sua vez, o Conselho de Estado (instância superior da justiça administrativa), devido a sua tradição história de maior apego à legalidade administrativa, somente autorizou os magistrados da ordem administrativa a realizarem o controle de convencionalidade uma década mais tarde, em 1989, por meio do célebre acórdão *Nicolo*.⁷

Refere-se ainda que, embora a jurisprudência *IVG* do Conselho Constitucional tenha tratado da convencionalidade a partir da invocação por parte dos requerentes da Convenção Europeia de Direitos Humanos (EDH), ambas as decisões subsequentes das cortes superiores (*Nicolo* e *Jacques Vabre*) enfrentaram a análise da convencionalidade tendo por base o direito da comunidade europeia. É de se notar, assim, que, diferentemente de outros países, tal como o Reino Unido antes do *Brexit*,⁸ na

6 Corte de Cassação, Câmara mista, 24 de maio de 1975, caso *Société des Cafés Jacques Vabre*.

7 Conselho de Estado, Plenário, 20 de outubro de 1989, caso *Nicolo*.

8 O direito britânico, na época em que o Reino Unido ainda integrava a União Europeia, consagrava o instrumento da desconsideração de uma lei pelo judiciário quando em voga o direito da UE, enquanto que para as normas da Convenção EDH

França os mecanismos de convencionalidade, na prática, não se distinguem em se tratando de normas provenientes do direito da União Europeia⁹ ou de normas da Convenção EDH. Logo, os procedimentos jurisdicionais para declaração da convencionalidade na França são os mesmos, não importando qual arcabouço normativo supranacional esteja em questão.

2.2 O aprofundamento da convencionalidade como uma espécie de controle de equidade

Esse conjunto de decisões foi bastante importante, pois habilitou o controle de convencionalidade em todos os ramos do Judiciário francês, mas a evolução do mecanismo, em termos de potencialidade, para o fim de cumprir seu desiderato de proteção de direitos subjetivos e fundamentais dos cidadãos em casos concretos submetidos à jurisdição, ainda viria a ser desenvolvido.

A partir do ano de 2013, as circunstâncias e ponderações particulares passaram a ser consideradas nos casos concretos, em sede de controle de convencionalidade. Trata-se também de uma adoção pelos juízes franceses do princípio da proporcionalidade em sua tripla dimensão, tal qual formulado pelo direito alemão. Essa técnica de ponderação jurídica frente à lei incidente ao caso permite, por exemplo, a consideração circunstancial de direitos e liberdades fundamentais inscritos em convenções e tratados internacionais.

Como mencionado, o Poder Judiciário na França não possuía o hábito de eventualmente afastar a lei nos casos concretos.

somente permitia ao juiz levantar a denominada declaração de incompatibilidade da lei, ultimada junto ao Parlamento britânico – acaso uma interpretação conforme a Convenção não fosse possível no caso concreto. Portanto, havia uma diferença entre os procedimentos a serem adotados pela jurisdição, em se tratando de controle de convencionalidade fundado no direito da União Europeia ou no direito da Convenção europeia relativa aos direitos humanos.

9 Malgrado certos procedimentos específicos para o direito da UE, como o reenvio prejudicial que pode ser suscitado pelos juízes nacionais junto à Corte de justiça da União Europeia.

Isso em respeito ao princípio da legalidade, à igualdade de todos perante a lei e em deferência ao Parlamento – local de expressão por excelência da soberania e da representatividade popular. Já sob uma outra perspectiva, os tribunais brasileiros estão acostumados ao controle de constitucionalidade difuso¹⁰ e à consequente não aplicação da lei *in concreto*, combinado ao caráter contramajoritário e garantista da jurisdição constitucional, a exemplo do que é realizado no direito norte-americano.

Nesses termos, repisa-se que as decisões *Jacques Vabre* e *Nicolo* – que possibilitaram, respectivamente, o exercício do controle de convencionalidade no âmbito das justiças comum e administrativa – cuidaram de declarações de (in)convencionalidade por motivação abstrata,¹¹ isto é, fundamentando-se a sanção normativa na incompatibilidade da lei por suas disposições em abstrato, mas não, até então, afastando a lei por motivos e circunstâncias ponderadas em um caso concreto.

Essa prática, referente ao modo de arguição da convencionalidade, é revisitada pelas cortes francesas no ano de 2013. Primeiramente, por iniciativa da Corte de Cassação (Decisão n. 12-26.066, 1ª Câmara Cível, 4 de dezembro de 2013) e, na sequência, pelo Conselho de Estado, no ano de 2016 (Aresto n. 396848, *Gonzalez-Gomez*, plenário, 31 de maio de 2016).

10 Na França, somente recentemente, em 2008, mediante uma emenda constitucional (que passou a vigorar em 2010), tornou-se possível suscitar a inconstitucionalidade de uma norma a partir de um caso concreto, por meio da denominada *questão prioritária de constitucionalidade* (QPC). No entanto, a questão é remetida ao Conselho Constitucional, tratando-se na verdade de um procedimento de controle concentrado de constitucionalidade suscitado pelo juiz de primeira instância e aceito pelos tribunais superiores, que o encaminham à instância constitucional. Assim, o juiz *a quo* não tem o poder de afastar a lei no caso *sub judice*, sob o argumento da inconstitucionalidade, no exercício do que se denomina um controle difuso de constitucionalidade.

11 Embora os fundamentos de direito seriam abstratos, cabe ressaltar que se trata ainda assim de um controle difuso, portanto sem efeitos *erga omnes*. Significa dizer, a lei seguia vigente no sistema jurídico, em que pese o precedente judicial formado, que poderia influenciar (e normalmente o faz) o entendimento de outros tribunais e juízes.

Por meio dessas decisões emblemáticas, os respectivos órgãos de cúpula do judiciário reconheceram a possibilidade de o juiz afastar a lei no caso particular, ponderando-se a (in)convencionalidade incidente no caso concreto.

Essa possibilidade representa uma adoção, pelo direito francês, do princípio de proporcionalidade, de origem na doutrina alemã, de maneira a proteger direitos fundamentais subjetivos incidentes na demanda particular. Aliás, diga-se que o direito francês, notadamente seu direito administrativo, possui uma tradição de proteção do direito objetivo (ou seja, da legalidade objetiva), não se ponderando normalmente, como o fazem o direito alemão e o latino-americano, os direitos subjetivos dos jurisdicionados em questão – em uma espécie de juízo de equidade.

Nesse sentido, essas jurisprudências representam um avanço, aproximando a jurisdição francesa das técnicas de proteção de direitos adotadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos, o que vem ao encontro do princípio da subsidiariedade, vigente normalmente nos sistemas supranacionais de controle e tutela de direitos. Reproduz-se trecho de enunciado do acórdão *Gonzalez-Gomez*, 2016, Conselho de Estado:

9. [...] a compatibilidade da lei com as estipulações da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais não impede, em determinadas circunstâncias específicas, que a aplicação de disposições legislativas possa constituir uma interferência desproporcional aos direitos garantidos por essa Convenção. Compete, portanto, ao juiz apreciar concretamente se, no que diz respeito à finalidade das disposições legislativas em causa, a restrição dos direitos e liberdades assegurados pela Convenção não é excessiva.

Disso resulta que compete ao juiz francês verificar, em sede de controle de convencionalidade, se a lei é em si compatível com as normas europeias ou internacionais e também ponderar se a legislação (válida abstratamente), quando aplicada no caso concreto, não acaba restringindo de modo excessivo os direitos e liberdades garantidos por instrumentos convencionais ratificados pelo Estado francês.

Esses acórdãos acabam por modificar um pouco o exercício da jurisdição na França, que passa a vislumbrar uma maior proteção e consideração dos direitos fundamentais, mediante a adoção do princípio da proporcionalidade. Como já referido, isso está em harmonia também com a jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual evita se manifestar sobre a invalidez *in totum* de uma lei nacional, mas tão somente verifica se ocorreu uma violação da Convenção EDH em um caso concreto e subjetivo submetido a sua instância.

2.3 O sistema convencional da Corte EDH e o “diálogo das autoridades normativas”

De modo a melhor comparar a funcionalidade e os mecanismos do controle de convencionalidade no Brasil e na França, passa-se a abordar especificamente a convencionalidade concernente à Convenção Europeia de Direitos Humanos, de maneira a realizar um paralelo entre os sistemas regionais de proteção de direitos humanos, também existente no Brasil.

O sistema de controle da Corte EDH é baseado no princípio da subsidiariedade; assim sendo, a jurisdição da Corte Europeia atua somente quando pressupõe uma carência¹² no sistema de justiça dos países, a fim de fazer respeitar os direitos convencionais. É por isso que o requerente deve esgotar os recursos internos antes de recorrer à instância supranacional. Sob essa perspectiva, o juiz nacional exsurge como o juiz natural para fazer cumprir a Convenção. No mesmo sentido, tem-se a jurisprudência *Almonacid Aurellano e outros c/ Chile* (2006),¹³ da Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH), segundo a qual os juízes nacionais (já das instâncias ordinárias) devem exercer o controle primário de convencionalidade e a aplicação da Convenção, conforme interpretação da Corte Interamericana.

12 GIRARD, Didier. *La France devant la Cour européenne des droits de l'Homme*. Paris: L'Harmattan, 2015. (Collection Logiques Juridiques). p. 37-38.

13 Corte IDH, 26 de setembro de 2006, *Almonacid Aurellano e outros c/ Chili*, Série C, n. 154, § 124.

A Corte EDH em suas condenações – de caráter declaratório das violações de um direito ou norma convencional – imputa aos Estados uma *obrigação de resultado*, deixando uma margem de decisão sobre quais medidas consideram adequadas para se desincumbirem de suas obrigações internacionais. Por sua vez, a Corte Interamericana possui um poder maior de injunção, e, nesses termos, costuma detalhar medidas concretas de reparação a serem implementadas pelos Estados condenados, tais como revisão ou reforma de legislação, atuação de alguma autoridade, adoção de determinado procedimento, além de regram a indenização a ser conferida às vítimas e a seus familiares.

O caráter supralegislativo conferido à Convenção EDH pelo artigo 55 da Constituição francesa, combinado com a obrigação de execução das sentenças na ordem interna (artigo 46 da Convenção EDH), “implica que os órgãos internos adaptem o direito interno à evolução interpretativa da Convenção e às diversas sentenças proferidas pela Corte Europeia”.¹⁴

De acordo com o entendimento já estabelecido pela Corte de Cassação,

os Estados que aderem à Convenção para a proteção dos Direitos humanos são obrigados a respeitar as decisões da Corte Europeia dos Direitos Humanos, sem aguardar serem demandados perante a Corte, nem esperar uma eventual mudança de legislação interna.¹⁵

Nesse sentido, é possível considerar que o Estado deve se prevenir contra futuras condenações mediante a adoção de medidas para (re)formular as normas e procedimentos, de modo a torná-los alinhados à Convenção e à jurisprudência do Tribunal (na linha da doutrina da *autoridade da coisa interpretada*). Da mesma forma, os juízes e autoridades devem buscar soluções harmônicas para a Convenção, ainda que apenas para o caso sob julgamento.

¹⁴ GIRARD, 2015, p. 241.

¹⁵ Corte de Cassação, Plenário, 15 de abril de 2011, recurso n. 10-17.049.

O respeito à cultura da convencionalidade em um país requer a abertura de um diálogo institucional a ser encetado pelas autoridades nacionais e supranacionais, e não somente no âmbito do Poder Judiciário – entre os juízes da Corte de Direitos Humanos e os magistrados nacionais, por exemplo –, mas um engajamento de autoridades estatais diversas, como as de funções administrativas, o Parlamento ou o próprio Poder Executivo – muitas vezes por meio de seu Ministério das Relações Exteriores. Isso ocorre porque as condenações eventuais nos foros internacionais se destinam ao Estado–Nação como um todo, responsabilizando assim cada uma de suas autoridades no âmbito de sua atuação, suas possibilidades e competências.

Na França, embora os mecanismos judiciais de controle de convencionalidade tenham levado algum tempo até serem desenvolvidos em todas as suas possibilidades no seio da jurisdição, conforme visto, percebe-se que em outras frentes a prática do respeito e da deferência à convencionalidade, bem como a adequação da ordem jurídica aos tratados e convenções internacionais, já se fazia sentir bem antes, e com alguma propriedade, digna de ser explorada.

No quadro das múltiplas alterações¹⁶ legislativas efetuadas pelo Parlamento francês para dar cumprimento à jurisprudência europeia em matéria de direitos humanos, destaca-se a Lei n. 2001-1135, de 3 de dezembro de 2001, elaborada na sequência da decisão *Mazurek c/ França*¹⁷ da Corte EDH, a fim de corrigir as disparidades existentes na condição de herança dos filhos “adúlteros”, o que foi sancionado como discriminatório pela Corte supranacional.

16 “As decisões da Corte europeia (EDH) tiveram uma influência significativa, quer na nossa legislação nacional, quer na jurisprudência dos nossos órgãos judiciais superiores. É bastante conhecida a legislação sobre escuta telefônica, adotada após o aresto Kruslin de 24 de abril de 1990. Da mesma forma, a Corte de Cassação adaptou sua jurisprudência sobre a mudança do estado civil de transexuais com base no caso *B. c/ França* de 28 de junho de 1991.” (SENAT. *Rapport législatif n. 22 (1995-1996) de M. Gérard GAUD*. Projet de loi autorisant la ratification du protocole n° 11 à la convention de sauvegarde des droits de l’Homme et des libertés fondamentales. Disponível em: https://www.senat.fr/rap/195-022/195-022_mono.html. Acesso em: 16 jan. 2021. p. 14).

17 Corte EDH, Terceira Seção, 1º de fevereiro de 2000, *Mazurek c/ França*, requerimento n. 34406/97.

Por meio do julgamento *Kress c/ França*¹⁸ (2001), a França viu questionada uma de suas tradições jurídicas existentes na justiça administrativa, a figura do “comissário do governo” (*commissaire du gouvernement*), que proferia relatórios acerca do mérito do caso na jurisdição administrativa, tal qual a função *custos legis* exercida pelo Ministério Público brasileiro. O acórdão da Corte EDH – a qual se baseou na “teoria das aparências”, sobre a imparcialidade e independência funcional dos órgãos do sistema de justiça – censurou a presença desse magistrado-jurisconsulto na deliberação perante os tribunais administrativos na França, porque poderia influenciar o resultado da sentença. E como fazia antever de sua própria denominação, seria um elemento aparentemente ligado ao governo/administração pública, partes nos litígios administrativos, embora o quisessem imparcial em seus pareceres.

Em virtude dessa decisão, o Conselho de Estado engendrou uma solução que permitia a participação do comissário na fase de deliberação (que na França realiza-se em sessão secreta), mas como uma figura passiva, sem possibilidade de manifestação nessa fase do procedimento. Essa medida foi confirmada pelo Decreto n. 1.586, de 20 de dezembro de 2005. Todavia, em seguida, a França foi novamente censurada na sentença *Martinie c/ França* 2006¹⁹ da Corte EDH, a qual, apreciando a solução apresentada pelo Conselho de Estado, anotou que continuou se observando uma violação do disposto no inciso n. 1 do artigo 6º da Convenção (garantias judiciais – *procès équitable*), devido à “presença do Comissário do Governo nas deliberações para formação de julgamento no Conselho de Estado”.

Após isso, o governo francês emitiu o Decreto n. 964, de 1º de agosto de 2006, que proibia a participação do comissário do governo nas deliberações dos magistrados administrativos e cortes administrativas de apelação. Por outro lado, no âmbito do

18 Corte EDH, Grande Câmara, 7 de junho de 2001, *Kress c/ França*, requerimento n. 39594/98.

19 Corte EDH, Grande Câmara, 12 de abril de 2006, *Martinie c/ França*, requerimento n. 58675/00.

Conselho de Estado, as partes poderiam agora recusar a participação do comissário do governo nas deliberações do *Palais Royal* (sede do Conselho de Estado).

Considerando a relevância do papel do comissário do governo para o funcionamento da justiça administrativa e para o desenvolvimento da sua jurisprudência,²⁰ a França editou o Decreto n. 2009-14, de 7 de janeiro de 2009, que alterou a parte regulamentar do Código de Justiça Administrativa, de forma a modificar definitivamente o referido nome em favor do termo “relator público” (*rappporteur public*). Isso contribuiu para uma adaptação à teoria das aparências e, além disso, renovou a imagem dessa figura jurisdicional (em face da declaração reiterada de sua obsolescência pelas instâncias europeias).

Por meio desse caso referente ao “comissário do governo”, cuja regulamentação apropriada foi adotada pela França oito anos após o julgamento *Kress* da Corte EDH, podemos observar, para além de alguma resistência do Conselho de Estado em modificar seus procedimentos de julgamento, que a França não se comprometia tanto – até o momento – com a técnica do “diálogo dos juízes” como faz a Alemanha (inclusive por atuação da sua Corte Constitucional Federal – *Bundesverfassungsgericht*). Entretanto, na França se pode observar uma espécie de fortalecimento do “diálogo entre autoridades normativas”,²¹ instaurado entre as autoridades – não somente jurisdicionais – dos diferentes sistemas de proteção de direitos e garantias.

A alteração normativa, uma vez realizada – embora nem sempre necessária²² para o cumprimento suficiente dos deveres e obrigações internacionais –, possibilita a evolução objetiva do *standard* de proteção de direitos em todo um país. Os Estados-Partes

20 Corte EDH, Grande Câmara, 12 de abril de 2006, *Martinié c/ França*, requerimento n. 58675/00.

21 “A Corte [EDH] não se situa mais unicamente em uma perspectiva de ‘diálogo dos juízes’, mas de ‘diálogo das autoridades normativas’, que apresenta um alcance mais vasto e ao qual as autoridades francesas não respondem senão que pontualmente.” (GIRARD, 2015, p. 249, grifo no original).

22 GIRARD, 2015, p. 256.

da Convenção, além de seu compromisso como partes rés em um caso específico, também devem contribuir com a adoção “de um mecanismo objetivo de garantia”²³ para a implementação dos direitos, segundo reflete o doutrinador Didier Girard:

[...] para além do caso específico da instância julgada pela Corte Europeia, as relações entre a França e a Convenção impõem, implícita mas necessariamente, interações entre sistemas normativos. Ou seja, a Convenção Europeia impôs, de fato, uma adaptação de certas regras e práticas que os órgãos franceses aplicavam. Trata-se de uma extensão dos efeitos da Convenção que não estava expressamente prevista no início e que complementa o direito interno. A mudança gradual dos requisitos convencionais, devido à sua interpretação firme por parte da Corte, em direção a um modelo jurídico mais protetor dos direitos fundamentais e da democracia impôs uma reconsideração do direito interno de forma mais ampla do que aquela que exigiria estritamente a garantia dos direitos fundamentais.²⁴

Dessa forma, impõe-se aos países-membros da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, e especificamente à França, não somente a tarefa de executar as sentenças da Corte EDH, sob uma perspectiva subjetiva, para satisfazer o direito do litigante em questão, mas também requer-se um esforço de (re)formulação da legislação e das normas nacionais, para o futuro, de modo a torná-las alinhadas ao direito da Convenção, consoante interpretado pela jurisprudência da corte de proteção de direitos humanos.

Destaca-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), por sua vez, positivou a tese de que os Estados possuem o “[d]ever de adotar disposições de direito interno” (artigo 2º), de modo a tornar efetivos os direitos e liberdades previstos em esfera convencional. Não obstante essa previsão expressa e as possibilidades de injunções específicas da Corte Interamericana com relação à reforma de legislações nacionais, há países que demonstram certa resistência em adotar uma

23 GIRARD, 2015, p. 34.

24 GIRARD, 2015, p. 38.

cultura de respeito à convencionalidade, tal qual o Brasil, que, no âmbito do sistema interamericano de proteção de direitos, tem muito a se desenvolver nesse sentido, em termos jurisdicionais e em outras instâncias de interlocução.

3 Brasil e a resistência institucional à convencionalidade

Ao abordar o controle de convencionalidade na ordem jurídica brasileira, passa a ser matéria incontornável o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, conformado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que foi ratificada pelo Brasil em 1992. Embora haja jurisprudência (inclusive pretérita) com relação a outros tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil, foi a partir do Pacto de São José que a convencionalidade normativa passou a ser trabalhada no Brasil, seja por meio da mudança de entendimento do Supremo Tribunal, em 2008, com relação à força normativa dos tratados sobre direitos humanos, seja por figurar como diploma principal na maioria dos casos que tratam sobre convencionalidade em tribunais brasileiros.

3.1 O sistema interamericano e o *soberanismo* do Estado brasileiro

Sabe-se que o regime de responsabilidade internacional²⁵ envolve três tipos de obrigações: a) cessar o ilícito (que supõe uma violação contínua); b) reparar (compensar as consequências passadas, *restitutio in integrum*); e c) evitar violações semelhantes no futuro (não repetição e realização de modificações normativas, se necessário). Refere-se que essas diferentes formas de satisfação do direito podem ser alcançadas por meio de medidas de cunho

25 ABDELGAWAD, Élisabeth Lambert. L'exécution des décisions des juridictions européennes (Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme). *Annuaire Français de Droit International*, Paris, v. 52, p. 677-724, 2006. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2006_num_52_1_3951. Acesso em: 16 jan. 2021. p. 680.

individual, pelo pagamento de justa indenização ou por medidas de caráter mais geral.

Na medida em que as motivações da Corte IDH são geralmente mais longas que as de sua homóloga europeia, as sentenças interamericanas também não se limitam a uma declaração sobre a ocorrência de violação de um dispositivo do tratado. A Corte IDH vai além no exercício de seu amplo poder de injunção. A jurisdição interamericana normalmente detalha as medidas a título de reparação (artigo 63, Pacto de São José) que têm de ser adotadas pelos Estados demandados. Isso não se restringe à reparação da situação subjetiva da vítima, mas abrange normalmente a adequação e a conformidade do ordenamento jurídico nacional. Em outras palavras, existe a obrigação (inserida, aliás, no artigo 2º) de adequar o direito interno à Convenção e consoante a jurisprudência da Corte Interamericana.

Além da Corte IDH, cabe salientar o importante papel da *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* para a promoção da cultura dos direitos humanos na região. É a Comissão que recebe e examina inicialmente as denúncias ou queixas individuais por suposta violação da Convenção Americana. A Comissão IDH figura, portanto, como um órgão central do sistema interamericano de direitos humanos; é ela quem decide quais casos em última análise serão ou não transmitidos à Corte IDH para julgamento. Além dos critérios formais de admissibilidade, a Comissão também delibera, sob certos aspectos, acerca do mérito do caso, realizando uma análise exaustiva dos fatos e das circunstâncias, e assim se manifesta sobre a suposta violação de direitos que os Estados da OEA são obrigados a respeitar. A Comissão exerce outras formas de ação ao decidir se houve violação de direitos por parte de um Estado: emite recomendações e propostas de adequação aos Estados, pode fazer visita *in loco*, realiza estudos e relatórios sobre determinados temas. Aliás, uma importante atuação da Comissão IDH para o Brasil foi no caso *Maria da Penha*, em que, diante da ausência de resposta do Estado brasileiro, a Comissão responsabilizou o País, em 2001, pela inexistência de medidas para tratamento, prevenção e repressão da violência doméstica contra as mulheres, tornando público

no âmbito da OEA um relatório sobre a situação. Iniciou-se no Brasil um longo processo de discussão da temática, que resultou posteriormente na edição da Lei n. 11.340, de 2006.

Nada obstante, observa-se que, embora haja mecanismos mais efetivos no sentido do detalhamento das medidas de reparação, bem assim no acompanhamento do cumprimento das sentenças²⁶ inter-americanas, a aplicação das decisões supranacionais ainda depende consideravelmente da percepção do mecanismo da convencionalidade que fazem as autoridades nacionais.

O Brasil, à guisa de exemplo, a partir de uma visão quiçá *soberanista*²⁷ do direito interno, acabou descumprindo, por reiteradas vezes, alguns mandados, diretrizes e recomendações emanados do sistema de proteção estabelecido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ADH). Até a data de elaboração deste artigo, verificou-se que o Brasil já foi condenado e responsabilizado internacionalmente em dez ocasiões pela Corte Interamericana de Direitos Humanos:

1. *Ximenes Lopes c/ Brasil*, 4 de julho de 2006, Série C, n. 149;
2. *Nogueira de Carvalho e outros c/ Brasil*, 28 de novembro de 2006, Série C, n. 161;
3. *Escher e outros c/ Brasil*, 6 de julho de 2009, Série C, n. 200;
4. *Garibaldi c/ Brasil*, 23 de setembro de 2009, Série C, n. 203;

²⁶ Em comparação com o sistema europeu de direitos humanos, destaca-se que a própria Corte Interamericana realiza o acompanhamento do cumprimento de suas sentenças, ao passo que, na Europa, a análise da execução das sentenças é realizada pelo Comité de Ministros (Conselho da Europa), portanto por um órgão de caráter eminentemente político.

²⁷ Segundo a subprocuradora-geral da República Anamara Osório, em palestra proferida no curso de Cooperação Internacional em Matéria Cibernética (ESMPU, dezembro de 2020), o Brasil pratica uma espécie de *soberanismo* em suas decisões judiciais, considerando que a Corte Suprema não reconhece as decisões da Corte IDH, a exemplo dos casos relacionados à justiça de transição. Indicou, ainda, que os países costumam adotar três tipos de posicionamento em matéria de cooperação internacional: a) *soberanismo*; b) cooperação (meio-termo); e c) confiança mútua (como a presente no âmbito da União Europeia).

5. *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil*, 24 nov. 2010, Série C, n. 219;
6. *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c/ Brasil*, 20 de outubro de 2016, Série C, n. 318;
7. *Favela Nova Brasília c/ Brasil*, 16 de fevereiro de 2017, Série C, n. 333;
8. *Povo Indígena Xucuru e seus membros c/ Brasil*, 5 de fev. de 2018, Série C, n. 346;
9. *Vladimir Herzog e outros c/ Brasil*, 15 de março de 2018, Série C, n. 353;
10. *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus c/ Brasil*, 15 de julho de 2020, Série C, n. 407.

Além disso, encontram-se pendentes na Corte Interamericana de Direitos Humanos o caso *Barbosa de Souza e familiares c/ Brasil*, recebido e em instrução desde 2019; o caso *Gabriel Sales Pimenta c/ Brasil*, remetido à Corte IDH em dezembro de 2020; e o caso *Antônio Tavares Pereira e outros c/ Brasil*, submetido à Corte em fevereiro de 2021.

Salienta-se, nessa linha, que não são somente as condenações que pesam, mas o Estado brasileiro muitas vezes hesita em conferir cumprimento às sentenças proferidas pela Corte Interamericana (como se observa das resoluções de supervisão de cumprimento de sentença²⁸ emitidas pela Corte). Algumas das razões que se podem apontar para a falta de atenção devida em relação às obrigações e aos princípios convencionais no Brasil: a) a acepção que a jurisdição e os tribunais superiores brasileiros fazem do controle de convencionalidade, sub-hierarquizando essa técnica com relação àquela do controle de constitucionalidade, de modo a preservar este último, quando na verdade são procedimentos de funcionalidade paralela,

²⁸ Vide a esse propósito: Corte IDH, 17 de outubro de 2014, Resolução de supervisão de cumprimento de sentença, *Gomes Lund c/ Brasil*.

simultânea, em que a adoção de uma das técnicas não se sobrepõe à outra ou prejudica sua eficácia; b) a circunstancial carência de engajamento e compromisso internacional por parte das demais autoridades estatais – como as do Executivo e do Legislativo.

Em ambos os quesitos, a experiência francesa no controle da convencionalidade é capaz de trazer alguns esclarecimentos e vias institucionais a serem consideradas para o aprimoramento da cultura da convencionalidade no Brasil.

3.2 A compreensão jurisdicional da convencionalidade

A Constituição de 1988 consagrou a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios que pautam as relações internacionais do Estado brasileiro (art. 4º). Outra norma constitucional indica que o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição não exclui outros direitos e liberdades que decorrem dos tratados internacionais celebrados pelo País.

No entanto, a Constituição Federal, ao contrário do artigo 55 da Constituição francesa, não se pronunciou em seu texto originário expressamente sobre a hierarquia jurídica dos tratados internacionais incorporados pelo Brasil, cabendo à jurisprudência e à doutrina desenvolver interpretações a respeito da matéria. Autores como Flávia Piovesan²⁹ e Cançado Trindade³⁰ sustentam, a esse propósito, que, desde a promulgação da Constituição atual, os tratados relativos aos direitos humanos teriam sido incorporados na qualidade de normas constitucionais.

Apesar de a abertura constitucional, em tese, possibilitar uma tal interpretação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já sob

29 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

30 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. III Conferência Nacional dos Direitos Humanos, 13 de maio de 1998. *Revista Direito e Democracia*, Canoas-RS, v. 1. n. 1, 2000. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2199/1494>. Acesso em: 14 jan. 2021.

a égide da Constituição de 1988, manteve³¹ a posição vigente desde 1977,³² que conferia um *valor legislativo* aos tratados internacionais, inclusive àqueles relativos aos direitos e garantias dos indivíduos.

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, trouxe um novo elemento à discussão (§ 3º, art. 5º). A partir daí, os tratados sobre direitos humanos aprovados seguindo o procedimento de emenda à Constituição obteriam o valor desse instrumento normativo. No entanto, essa emenda deixou de se pronunciar sobre o *status* dos tratados anteriormente incorporados, como o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado em 1992 pelo Brasil.

A Corte Suprema foi chamada a resolver a questão quando do julgamento do RE 466.343,³³ em 2008. O STF, na ocasião, reconheceu a necessidade da evolução da jurisprudência precedente. A maioria da composição plenária manifestou-se pelo caráter supralegislativo dos tratados sobre direitos humanos – houve alguns votos em favor da sua natureza constitucional. No caso sob discussão, o Pacto de São José da Costa Rica restou aplicado a fim de suspender a eficácia de uma lei que previa a prisão civil por dívida do depositário infiel, pois essa previsão se encontrava fora da hipótese de dívida alimentar – única situação de prisão civil autorizada pela Convenção ADH. Essa virada jurisprudencial oportunizou a realização do controle de convencionalidade pelos juízes brasileiros.

Dois anos mais tarde, o Poder Judiciário brasileiro confrontaria um aresto da Corte IDH sobre a invalidade da Lei de Anistia, de 1979, situação que colocaria à prova os postulados práticos do controle de convencionalidade que haviam sido recém-estabelecidos.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131/RJ, julgado em 23.11.1995, *DJ* 1º ago. 2003.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004/SE. Relator: Min. Xavier de Albuquerque, julgado em 1º.6.1977, *DJ* 29 dez. 1977.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 3.12.2008, *DJe* 4 jun. 2009.

A Ordem dos Advogados do Brasil ingressou na Suprema Corte com uma ADPF (de n. 153) em 2008, visando a obter uma interpretação conforme a Constituição de 1988 da Lei de Anistia brasileira, de maneira que ela fosse declarada inaplicável aos agentes militares que praticaram violações de direitos humanos durante a ditadura. O Supremo Tribunal, no ano de 2010, manifestou-se majoritariamente pela conformidade da anistia com a Constituição. Quase simultaneamente, somente alguns meses mais tarde, a Corte IDH proferiu sua sentença no caso *Gomes Lund c/ Brasil*, no qual a instância interamericana declarou a incompatibilidade material da Lei de Anistia com as normas da Convenção Americana, por impedir a busca da verdade e a responsabilização por graves violações de direitos humanos, declarando-a sem efeitos no plano interno brasileiro.

À vista desses dois posicionamentos (aparentemente) divergentes, estabeleceu-se uma incerteza jurídica acerca da aplicação das disposições de anistia no País. O Ministério Público Federal³⁴ procurou, a partir de então, ingressar com ações penais contra os agentes da ditadura militar, mas, na maioria dos casos, a continuidade das ações penais foi obstaculizada pelos tribunais superiores – com fundamento no entendimento proferido pelo STF. Verifica-se que os magistrados, salvo algumas exceções, adotaram a posição do STF na ADPF n. 153, sem levar em consideração a prática e a técnica do controle de convencionalidade, que aliás, diga-se, não foi visada pelo STF no bojo da referida ação constitucional. O respectivo recurso constitucional, por seu pedido, tratava exclusivamente da conformidade da lei em face da Constituição, não sendo, portanto, na ocasião suscitada a convencionalidade da anistia frente à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Há ainda a ação ADPF n. 320, pendente de julgamento no STF, cujo objeto cuida especificamente do exame da convençiona-

34 BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. *Crimes da ditadura militar*. Brasília: MPF, 2017. (Série Relatórios de Atuação). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf. Acesso em: 17 jan. 2021.

lidade da Lei de Anistia, tendo em conta principalmente o acórdão *Gomes Lund c/ Brasil*, por meio do qual o País foi condenado.

Esse recurso constitucional surge como uma oportunidade para que a Suprema Corte aborde a conformidade da Lei de Anistia à Convenção Americana. O procurador-geral da República, em parecer³⁵ do ano de 2014, se posicionou favorável à demanda ao expressar – com propriedade –, por meio da *teoria do duplo controle*, que o controle de convencionalidade de uma norma não se confunde com o exame de sua constitucionalidade. Nesse sentido, a decisão do Supremo Tribunal sobre a constitucionalidade da anistia não impediria que uma decisão posterior do Tribunal Constitucional reconhecesse a incompatibilidade convencional da mesma lei.

A *teoria do duplo controle* adotada pelo PGR, que se mostra coerente com a compreensão acerca do controle de convencionalidade propugnada pelo Conselho Constitucional francês a partir de 1975 no caso *IVG*, invoca uma diferenciação entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, defendendo que uma norma legislativa somente será válida na ordem interna se ela se mostrar em conformidade com a Constituição e também com as normas convencionais ou internacionais. Se a norma mostrar-se incompatível frente a pelo menos um desses testes, ela deve ser considerada inválida e não aplicável enquanto legislação interna. Por oportuno, também se refere que a Corte IDH, ao analisar o caso *Gomes Lund*, ressaltou que não lhe incumbe manifestar-se sobre a constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira, mas “verificar a compatibilidade da lei de anistia brasileira com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil em razão da ratificação da Convenção Americana”.³⁶

Percebe-se que essa distinção conceitual/funcional entre a natureza e os mecanismos de *controle de convencionalidade* e do *con-*

35 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Parecer na ADPF n. 320/DF*. Brasília: MPF, 28 out. 2014.

36 MARX, Ivan Cláudio. *Justiça de transição: necessidade e factibilidade da punição aos crimes da ditadura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 120.

trole de constitucionalidade não se mostra suficientemente difundida e esclarecida no âmbito da jurisdição brasileira.

A respeito da aplicação do controle de convencionalidade no âmbito do STJ, pode-se mencionar algumas decisões: a) HC 379.269 (2017),³⁷ Terceira Seção, que desconsiderou as obrigações internacionais do Brasil em cumprir os acórdãos da Corte IDH e se adequar à sua jurisprudência; b) REsp 1.798.903 (2019),³⁸ Terceira Seção, caso a respeito da anistia, fundamenta que, uma vez que a jurisprudência do STF se posicionou pelo *status* supralegal e também infraconstitucional dos tratados sobre direitos humanos, o resultado do controle de constitucionalidade com relação a uma determinada norma é que deveria prevalecer (talvez hierarquicamente), e conferir aplicação ao controle de convencionalidade nesses termos seria, por assim dizer, negar vigência à Constituição; c) com relação à (in)convencionalidade da figura do desacato, inicialmente houve um entendimento³⁹ afastando a tipicidade do crime de desacato (art. 332, CP) diante da sua incompatibilidade com o artigo 13 da Convenção Americana (REsp 1.640.084-SP); no entanto, esse posicionamento restou reformado pela Terceira

37 Tal acórdão, de maneira equivocada, acaba confundindo o conceito de margem de apreciação com uma pretensa faculdade de o país poder escolher cumprir ou não uma decisão da Corte IDH, faculdade que não é prevista na Convenção. A margem nacional de apreciação, por sua vez, é conferida aos Estados por iniciativa da Corte IDH em questões de sociedade ou em relação a temas polêmicos, como religião, moral, etc. Se assim fosse, relativizar-se-ia a eficácia dos sistemas de direitos humanos, sob a conveniência de cada Estado. Veja-se o posicionamento do STJ: “15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (*margin of appreciation*)”. (HC n. 379.269/MS, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Relator p/ Acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, *DJe* 30 jun. 2017).

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.798.903-RJ. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, por maioria, julgado em 25.9.2019, publicado em *DJe* 30 out. 2019.

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.640.084-SP. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, por unanimidade, julgado em 15.12.2016, publicado em *DJe* 1º fev. 2017.

Seção do Tribunal (HC n. 379.269-MS⁴⁰ – já referido no item *a*), a qual (em sede de uniformização da jurisprudência) se manifestou pela manutenção do crime de desacato no ordenamento jurídico, referindo a inexistência de decisão da Corte IDH com relação ao Brasil nesse quesito, a suposta ausência de força vinculante dos provimentos da *Comissão IDH* e, por fim, indicou a soberania do Estado, combinada a uma pretensa “margem de apreciação”, como motivos que pesariam para a não aplicação das normas da Convenção Americana.

Em comentário a esses dois últimos arestos do STJ em sentidos opostos, tratando sobre a (in)compatibilidade do desacato com a Convenção Americana, Sidney Guerra reflete, de maneira contundente, que:

Com efeito, o entendimento majoritário esposado pelos ilustres Ministros do Superior Tribunal de Justiça, no Acórdão proferido em 24 de maio de 2017, em que pese contemplar vários aspectos relativos ao Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos, apresentou posicionamento retrógrado, quando comparado a recente manifestação produzida naquele mesmo Tribunal Superior.

[...] Sem embargo, no atual estágio das relações internacionais e com o desenvolvimento dos mecanismos protetivos dos direitos humanos que serviram, inclusive, para estabelecer um novo patamar sobre a própria leitura e compreensão do Direito Internacional, que deixou de dialogar apenas entre Estados, passando a contemplar novos sujeitos internacionais, inserido aí o indivíduo, ter a manifestação de um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, de que o Estado brasileiro não poderia ter aplicado na ordem jurídica interna um entendimento produzido no Sistema internacional em razão da observância da força da soberania, é algo que encontra-se completamente ultrapassado e em desconformidade com o que preconiza a própria Carta Magna de 1988.⁴¹

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 379.269/MS. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Relator p/ Acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 24.5.2017, publicado em *DJe* 30 jun. 2017.

41 GUERRA, Sidney. Avanços e retrocessos sobre o controle de convencionalidade na ordem jurídica brasileira: uma análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado*, Juiz de Fora, v. 2, n. 2, 2017.

Não obstante essas considerações, na mesma linha, mais recentemente no âmbito da ADPF n. 496 (2020),⁴² o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela constitucionalidade e, de arrasto, pela convencionalidade do crime de desacato. Consoante artigo de opinião de Melina Fachin e Miguel de Godoy, entretanto, “[a] decisão majoritária do STF, assim, expressa pouco rigor no diálogo com o sistema interamericano de direitos humanos e ainda mais com a decisão [da Corte IDH] que busca objetar”.⁴³

Vê-se, a partir desses últimos julgamentos das Cortes superiores brasileiras, que a temática da convencionalidade permanece um desafio. É de se observar, a esse propósito, que na ementa do julgamento da ação ADPF n. 496 não consta outrossim alguma referência ao exame da convencionalidade do dispositivo impugnado, ao passo que praticamente todo sumário da decisão se restringe à temática da recepção da norma legislativa pela Constituição de 1988 – embora a jurisprudência da Corte IDH tenha sido desde o início suscitada pela organização requerente (OAB). Segue a tese fixada na ADPF n. 496: “*Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato*”.

Sob essa perspectiva, resta importante considerar que as duas posições sobre a Lei de Anistia, referendadas uma pela Corte IDH (*Gomes Lund c/ Brasil*) e outra pelo STF (ADPF n. 153), apresentam um conflito “aparente” entre posições jurídicas. Essa celeuma pode ser resolvida – outrossim pelos juízes comuns –, distinguindo-se os mecanismos e as naturezas dos controles jurídicos de convencionalidade e constitucionalidade, que não se confundem, mas aparecem como meios complementares e autônomos de análise das normas. Assim sendo, para uma lei figurar

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 496. Relator: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 22.6.2020, publicado em *DJe* 24 set. 2020.

43 FACHIN, Melina Girardi; GODOY, Miguel Gualano de. (Des)acatando um controle de convencionalidade rigoroso: o julgamento da ADPF 496 pelo Supremo Tribunal Federal. *Portal Jota*, 1º jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desacatando-um-controle-de-convencionalidade-rigoroso-01072020>. Acesso em: 17 jan. 2021.

como válida no ordenamento jurídico, deve estar de acordo com a Constituição nacional e, ao mesmo tempo, respeitar aos princípios continentais de proteção dos direitos humanos.

A distinção entre esses dois tipos de filtros normativos pode ser claramente observada no sistema jurídico francês. Na França, o Conselho Constitucional, por meio da decisão n. 74-54 DC (IVG), de 1975, determinou que não competia ao órgão constitucional exercer o controle da convencionalidade das leis, e que essa função incumbiria aos juízes comuns – alheios à jurisdição constitucional. E uma vez que esses juízes ordinários não têm competência para realizar a revisão constitucional difusa – exceto indiretamente, por meio do novel instrumento da QPC⁴⁴ –, essas duas funções de controle aparecem no sistema francês organicamente separadas, circunstância que pode auxiliar a compreender a natureza, o escopo e os órgãos funcionalmente envolvidos nesses dois tipos de controle normativo.

Vislumbra-se, assim, a necessidade de afirmar a cultura de controle da convencionalidade entre os juízes nacionais, que numa concepção integrada podem ser considerados como órgãos “primários” do sistema interamericano e uma peça essencial para a efetivação das sentenças e disposições das cortes regionais de direitos. Essa compreensão acerca do papel dos juízes nacionais em realizar o controle de convencionalidade, inclusive *ex officio*, é veiculada frequentemente pela jurisprudência da Corte IDH. O entendimento pode ser avistado, por exemplo, no § 124 do precedente *Almonacid Aurellano e outros (2006)*.⁴⁵ Além disso, refere

44 *Vide* nota de rodapé n. 10.

45 “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control

o magistrado Mac-Gregor que a obrigação das autoridades de exercerem um controle de convencionalidade *ex officio* abrange tanto a coisa julgada (*res judicata* – caráter subjetivo da sentença) como também a coisa interpretada (*res interpretata* – prática consistente em seguir, acompanhar e aplicar a jurisprudência estabelecida pela Corte IDH, mesmo que as decisões sejam concernentes a outros países da região).⁴⁶

A proteção dos direitos humanos exige, portanto, de parte da jurisdição, um sistema de duplo controle normativo, levando-se em conta as possíveis insuficiências do controle de normas no plano constitucional, de modo que prevaleça aos nacionais os direitos e liberdades universalmente e regionalmente convencionados.

3.3 O engajamento das autoridades nacionais em favor de um diálogo convencional

Para além do necessário desenvolvimento da técnica da convencionalidade com maiores critérios no seio dos tribunais brasileiros, figura, outrossim, importante o estabelecimento do diálogo convencional em outros níveis institucionais.

Conforme conjectura Eduardo Ferrer Mac-Gregor,

[...] um novo entendimento do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, concebido agora como um “sistema integrado”, que não envolve apenas os dois órgãos de proteção a que se

de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” (Corte IDH, 26 set. 2006, *Almonacid Aurellano e outros c/ Chile*, Série C, n. 154, § 124).

46 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Partes de la Convención Americana (*res interpretata*). In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 87.

refere a Convenção Americana – Comissão e Corte Interamericana – mas abarca com particular intensidade e concomitantemente todas as autoridades nacionais dos Estados Partes do Pacto de San José, na medida em que essas devem participar ativamente na garantia efetiva dos direitos humanos, seja em sua dimensão nacional ou internacional, a maneira de um “sistema integrado” para proteção de direitos.⁴⁷

Dessa compreensão integrada do sistema de proteção dos direitos advém uma responsabilidade correlata das autoridades nacionais, no âmbito de suas atribuições e competências. Convém que as autoridades e os agentes públicos – pouco interessando a qual poder estatal ou órgão pertençam – sejam concebidos como órgãos primários de proteção e execução das normas decorrentes dos tratados e convenções internacionais nas suas práticas diárias.

Com relação às autoridades administrativas,

a Corte destacou que não apenas os órgãos judiciários, mas também determinados órgãos administrativos que têm aptidão para interferir em liberdades públicas, devem efetivar o controle de convencionalidade:⁴⁸

[...] a Corte [IDH] já estabeleceu que ditas características não só devem corresponder aos órgãos estritamente jurisdicionais, senão que as disposições do artigo 8.1 da Convenção se aplicam também às decisões de órgãos administrativos. Toda vez que em relação a essa garantia corresponder ao funcionário a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrarias, é imprescindível que dito funcionário esteja facultado a colocar em liberdade a pessoa se sua detenção for ilegal ou arbitrária.⁴⁹

Nesses termos, relembra-se que os provimentos e as condenações advindos dos órgãos convencionais do sistema interamericano

47 MAC-GREGOR, 2016, p. 92.

48 BARBOSA, Ruchester Marreiros; SANNINI, Francisco. Delegado de polícia deve realizar controle de constitucionalidade. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 dez. 2020.

49 Corte IDH, *Jesús Vélez Loor c/ Panamá*, 23.11.2010, Série C, n. 218, § 108.

direcionam-se ao Estado como um todo, cabendo assim um esforço conjunto e um engajamento das suas autoridades, em diversos níveis e funções, de modo a buscar soluções e alternativas para a quitação das obrigações em nível internacional, bem como a eventual adequação e o aprimoramento da ordem jurídica nacional.

A interlocução e cooperação dos Poderes Legislativo e Executivo é fundamental nesse processo de renovação do direito e na sua atualização consoante as diretivas convencionais. Nesse âmbito, pode-se observar alguns diálogos e iniciativas institucionais ocorridos em determinados países.

Na França, como acima referido, a partir da decisão *Kress c/ França* (Corte EDH, 2001), instaurou-se um procedimento de interação dialógica entre as autoridades nacionais e as instâncias do sistema europeu de direitos humanos, entre tentativas e correções para buscar uma solução para a figura do “comissário do governo” na Justiça Administrativa. Houve a mudança de procedimentos internos pelo Conselho de Estado, com a chancela do Executivo, por meio da edição de decreto; logo em seguida, a Corte europeia se manifestou novamente sobre a questão (*Martinie c/ França, 2006*), declarando a insuficiência da alteração realizada. A isso se seguiram novos decretos, que alteraram a parte regulamentar do código francês da Justiça Administrativa. Sem muito atentar para o período transcorrido até que tenha sido obtida uma solução satisfatória e harmônica, resta importante notar que, a cada deliberação exarada pela Corte supranacional, as autoridades estatais tomaram iniciativas, seja em nível governamental, em matéria de organização dos procedimentos da justiça, ou mesmo em sede de mudança legislativa (caso *Mazurek c/ França*, que ocasionou a edição da Lei n. 1.135/2001), objetivando sempre se adequar e atualizar aos termos das convenções e tratados internacionais.

Diferentemente, no Brasil percebe-se uma certa inércia que se segue a uma condenação internacional, no sentido de que as autoridades não se engajam para se colocarem de acordo com as regras convencionais; pelo contrário, observam-se resistências

para discutir o assunto, que, segundo algumas opiniões, também “atentaria contra a soberania nacional”.

Ademais, sabe-se que as leis de anistia para agentes das ditaduras militares havidas na região constituem uma agenda corrente no Cone Sul – América Latina. A Corte Interamericana já se manifestou pela invalidade material das leis de anistia do Peru,⁵⁰ do Chile,⁵¹ do Brasil⁵² e do Uruguai.⁵³ Com relação à Argentina, a jurisprudência da Corte IDH também teve influência na declaração de sua invalidade pela Corte Suprema da Nação. Impende considerar que, entre esses países, embora alguns ainda não tenham reformado a legislação ou mesmo confirmam aplicação à decisão unicamente por meio judicial, o Brasil figura como um dos países menos receptivos na região ao cumprimento das decisões e à implementação da jurisprudência da Corte Interamericana, circunstância que reflete outrossim na maneira como o Judiciário exerce o controle de convencionalidade em âmbito interno.

Como especificidade do Direito brasileiro, existem órgãos como a Defensoria Pública da União (DPU), o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Trabalho (MPT) – para mencionar somente os federais – que possuem atribuições que podem ser aproveitadas para a promoção de direitos humanos e em matéria de diálogo institucional, visando ao respeito e à implementação de uma cultura da convencionalidade no País.

A Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), órgão pertencente à estrutura do Ministério Público Federal, coloca-se também como uma instância bastante importante de interlocução com o governo federal ou com o Congresso Nacional

50 Corte IDH, 14 mar. 2001, *Barrios Altos c/ Peru*, Série C, n. 75, p. 18; Corte IDH, 29 nov. 2006, *La Cantuta c/ Peru*, Série C, n. 162.

51 Corte IDH, 26 set. 2006, *Almonacid Arellano e outros c/ Chile*, Série C, n. 154.

52 Corte IDH, 24 nov. 2010, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil*, Série C, n. 219; Corte IDH, 15 mar. 2018, *Vladimir Herzog e outros c/ Brasil*, Série C, n. 353.

53 Corte IDH, 24 fev. 2011, *Gelman c/ Uruguai*, Série C, n. 221, § 229.

para buscar um aprimoramento das legislações ou a adoção de novas práticas administrativas que considerem a convencionalidade interamericana. Nesse sentido, há diversas notas técnicas, recomendações e manifestações da PFDC dignas de um estudo próprio em prol da tutela dos direitos humanos.

Mais recentemente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em um importante passo para a difusão da cultura da convencionalidade no País, editou a Resolução CNJ n. 364, de 12 de janeiro de 2021,⁵⁴ criando no âmbito de sua estrutura uma *Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, a qual possuirá entre suas atribuições a competência de “adotar as providências para monitorar e fiscalizar as medidas adotadas pelo Poder Público para cumprimento das sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas proferidas pela Corte Interamericana envolvendo o Estado brasileiro”, além da capacidade de sugerir propostas e observações ao Poder Público nos âmbitos administrativo, legislativo, judicial ou de outra natureza, bem como a incumbência de elaborar relatório anual sobre as providências adotadas pelo Brasil para cumprimento das determinações da Corte IDH. Nos idos de 2016, sob a gestão do ministro Ricardo Lewandowski, celebrou-se um memorando de entendimento⁵⁵ entre o CNJ e a Corte IDH, a partir do qual o CNJ se colocou como um repositório⁵⁶ e um veículo de difusão

54 Observa-se que a respectiva resolução entrará em vigor na metade do mês de julho de 2021. Inteiro teor em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original173529202101186005c6e1b06b3.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

55 Segundo publicação informativa do CNJ, “[a] parceria segue o princípio do diálogo jurisprudencial, pelo qual a jurisprudência local se integra à jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos e vice-versa, em uma espécie de via de mão dupla. Para tanto, uma das primeiras medidas a serem implementadas com a assinatura do memorando é a busca dos meios para que o acervo em língua portuguesa esteja acessível pelo site do CNJ”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/memorando-de-entendimento-permitira-acesso-a-cidh-em-portugues>. Acesso em: 28 abr. 2021.

56 Página do CNJ contendo compilação da jurisprudência em língua portuguesa da Corte IDH, além de outras informações sobre a Corte Interamericana: <https://www.cnj.jus.br/corte-interamericana-de-direitos-humanos-corte-idh>. Acesso em: 28 abr. 2021.

das principais decisões da Corte Interamericana, em língua portuguesa. Esse acordo de parceria restou renovado⁵⁷ em março de 2021 na gestão do ministro Luiz Fux, passando a contemplar também a intenção de capacitação de magistrados, servidores e atores do sistema de justiça nacionais, acerca das normas e dos mecanismos de proteção dos direitos humanos em âmbito internacional, com especial ênfase ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.⁵⁸

Nesses termos, registra-se a importância da participação ativa das autoridades nacionais, a qual deve ser buscada por diversos meios para que se confira uma maior efetividade aos sistemas regionais de proteção e aos direitos inscritos em tratados e convenções, que são relevantes mecanismos para o alcance de *standards* de proteção de direitos, por vezes obstaculizados internamente por incompreensões ou resistências institucionais e políticas.

4 Conclusões

A interação entre o direito interno (em particular o seu ramo constitucional) e as normas jurídicas convencionais é capaz de definir o grau de eficácia que os sistemas de proteção obtêm em cada ordem nacional. Outro aspecto que contribui para a efetivação das normas e direitos previstos nos tratados internacionais é o nível de engajamento e responsabilidade das autoridades nacionais (não somente os

57 Memorando de entendimento entre o CNJ e a Corte Interamericana de Direitos Humanos assinado em 15.3.2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/03/MOU-001_2021.pdf. Acesso em: 28 abr. 2021.

58 Como resultado dessa parceria entre a Corte IDH e o CNJ, reproduz-se título de notícia do periódico jurídico CONJUR, referindo que a “Corte Interamericana indica CNJ para mediar impasse da saúde mental no Brasil”. Observa-se, portanto, que a Corte (a partir dos compromissos de parceria firmados) acionou o CNJ para que esta instância busque uma solução em nível nacional para o cumprimento de uma das determinações da sentença interamericana relacionada ao caso *Ximenes Lopes c/ Brasil* (2006), a qual indica que Estado brasileiro deve promover “treinamento contínuo das equipes psicossociais que atendem a pessoas com transtorno ou deficiência mental em todo o país, para evitar que casos como o de Ximenes Lopes se repitam”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/corte-interamericana-indica-cnj-mediador-impasse-saude-mental>. Acesso em: 28 abr. 2021.

juízes) para com o controle de convencionalidade e uma correspondente abertura institucional para o diálogo acerca dessa temática.

A França deparou-se com o mecanismo da convencionalidade normativa em 1975 (caso *IVG*, Conselho Constitucional), e o Brasil no ano de 2008 (RE 466.343, STF) – algumas décadas separam as experiências desses países na matéria. Embora os sistemas político, judiciário ou constitucional desses dois países difiram consideravelmente, em matéria da técnica do controle de convencionalidade mostra-se possível identificar semelhanças e situações homólogas sob a ótica do direito comparado.

A França levou um certo tempo até desenvolver o mecanismo da convencionalidade em todas as suas possibilidades de arguição, notadamente no que se refere à possibilidade de o Judiciário afastar a lei no caso concreto, conferindo, por meio de ponderação, eficácia aos direitos convencionais.

Por outro lado, observa-se uma cultura do diálogo normativo entre as autoridades francesas e aquela Corte EDH ou mesmo a Corte de Justiça da União Europeia. O caso da instituição da figura do “relator público” (*rapporteur public*) no âmbito da jurisdição administrativa francesa demonstra esse grau de interlocução com as instâncias convencionais, que pode ser uma experiência a ser anotada por outros países.

O funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, que possui alguns instrumentos em tese mais avançados (que os da Corte EDH) para exigir o cumprimento de seus acórdãos, depende, nada obstante, do engajamento das autoridades nacionais para a eficácia do controle de convencionalidade em âmbito doméstico. A jurisprudência da Corte IDH erigiu os juízes nacionais como órgãos primários do sistema interamericano, a quem compete realizar o exame convencional das normas *ex officio*.

Observa-se que, no Brasil, há uma resistência de parte da jurisdição em exercer o controle de convencionalidade, mormente quando os exames de convencionalidade e de constitucionalidade apontam em

direções opostas com relação à validade da norma em questão. Diante de um conflito aparente nesse nível, a jurisprudência dos tribunais superiores ainda prefere guardar o resultado constitucional, relegando o controle de convencionalidade a segundo plano. No entanto, trata-se de controles distintos em sua natureza e não hierarquizados, e devem ambos ser realizados para que se conclua pela validade de uma norma legislativa interna. O *acórdão IVG* do Conselho de Estado francês bem retrata essa diferenciação, inclusive separa organicamente o exercício desses dois controles. Essa compreensão acerca da natureza e da importância concomitante de cada um desses controles é algo a ser desenvolvido junto às jurisdições brasileiras.

Além disso, no Brasil observa-se ainda pouca interlocução e engajamento institucional por parte de autoridades como as pertencentes ao Executivo e autoridades administrativas ou congressistas, todas responsáveis (e assim devem ser reconhecidas) pela promoção da convencionalidade e respeito à jurisprudência interamericana, em seus respectivos âmbitos de atribuição.

Referências

ABDELGAWAD, Élisabeth Lambert. L'exécution des décisions des juridictions européennes (Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme). *Annuaire Français de Droit International*, Paris, v. 52, p. 677-724, 2006. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2006_num_52_1_3951. Acesso em: 16 jan. 2021.

BARBOSA, Ruchester Marreiros; SANNINI, Francisco. Delegado de polícia deve realizar controle de constitucionalidade. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 dez. 2020.

BORÉ, Valérie. L'attitude récente du Conseil d'État à l'égard du droit international. *Revue juridique de l'Ouest*, Rennes, n. 2, p. 191-236, 1999. Disponível em: www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_1999_num_12_2_2520. Acesso em: 14 jan. 2021.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos

internacional e nacional. III Conferência Nacional dos Direitos Humanos, 13 de maio de 1998. *Revista Direito e Democracia*, Canoas-RS, v. 1. n. 1, 2000. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2199/1494>. Acesso em: 14 jan. 2021.

DROUET, Hervé. *La Constitution française, le droit communautaire et le juge: propos sur le principe de primauté*. Audience solennelle de rentrée, Tribunal Administratif de Clermont-Ferrand, 24 jan. 2005. Disponível em: <http://www.cnda.fr/content/download/11765/35425/version/1/file/la-constitution-francaise-le-droit-communautaire-et-le-juge-propos-sur-le-principe-de-primaute.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2021.

FACHIN, Melina Girardi; GODOY, Miguel Gualano de. (Des)acatando um controle de convencionalidade rigoroso: o julgamento da ADPF 496 pelo Supremo Tribunal Federal. *Portal Jota*, 1º jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desacatando-um-controle-de-convencionalidade-rigoroso-01072020>. Acesso em: 17 jan. 2021.

GIRARD, Didier. *La France devant la Cour européenne des droits de l'Homme*. Paris: L'Harmattan, 2015. (Collection Logiques Juridiques).

GIRARD, Didier. Le contrôle concret de conventionnalité de la loi enfin admis par le juge administratif des référés. Note sous CE Ass., Gonzalez-Gomez, n. 396848. *Revue générale du droit*, n. 24295, 31 maio 2016. Disponível em: www.revuegeneraledudroit.eu/?p=24295. Acesso em: 16 jan. 2021.

GUERRA, Sidney. Avanços e retrocessos sobre o controle de convencionalidade na ordem jurídica brasileira: uma análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado*, Juiz de Fora, v. 2, n. 2, 2017.

KOCH, Camila de Oliveira. *Crítérios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Partes de la Convención Americana (*res interpre-*

tata). In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MARX, Ivan Cláudio. *Justiça de transição: necessidade e factibilidade da punição aos crimes da ditadura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MATHIEU, Bertrand. Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme: Coexistence – Autorité – Conflits – Régulation. In: *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 32* (Dossier: Convention européenne des droits de l'homme), jul. 2011. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-decisions-du-conseil-constitutionnel-et-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme-coexistence>. Acesso em: 16 jan. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SAUVÉ, Jean-Marc. Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés? *Les Cahiers Portalis*, n. 5, p. 9-21, 2018/1. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-portalis-2018-1-page-9.htm>. Acesso em: 16 jan. 2021.

SENAT. *Rapport législatif n. 22 (1995-1996) de M. Gérard GAUD*. Projet de loi autorisant la ratification du protocole n° 11 à la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Disponível em: https://www.senat.fr/rap/195-022/195-022_mono.html. Acesso em: 16 jan. 2021.

Apontamentos sobre a posição preferencial do direito à liberdade de expressão

Ana Elisa Silva Miranda

Analista Judiciária no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Seção Judiciária de Rondônia. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: O presente artigo busca analisar os fundamentos gerais do direito à liberdade de expressão e os principais elementos que integram a doutrina da posição preferencial, tese que defende o reconhecimento da posição privilegiada da liberdade de expressão em relação a outros direitos fundamentais. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, com o emprego do método de abordagem dialético, buscando esclarecer as bases teóricas do modelo, à luz da jurisprudência norte-americana, bem como o modo como este tem sido adotado, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal. Observou-se que a doutrina, apesar de acolhida pela jurisprudência nacional, não possui caráter absoluto, sendo necessária a observância de parâmetros limitativos para seu adequado emprego, com atenção às características do caso concreto sob julgamento.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Colisão de direitos fundamentais. Doutrina da posição preferencial.

Abstract: This article aims to analyze the general foundations of the right to freedom of speech and the main elements that integrate the Preferred Freedoms Doctrine, a thesis that defends the recognition of the privileged position of freedom of speech in relation to other fundamental rights. For this purpose, a bibliographic research was carried out, using the dialectical approach method, seeking to clarify the theoretical bases of the model, in light of North American jurisprudence, as well as the way it has been adopted, in Brazil, by the Supreme Federal Court. It was observed that the doctrine, despite being accepted by national jurisprudence, does not have an absolute character, being necessary the observance

of limiting parameters for its adequate use, with attention to the characteristics of the specific case under trial.

Keywords: Freedom of speech. Fundamental rights collisions. Preferred freedoms doctrine.

Sumário: 1 Introdução. 2 Liberdade de expressão: fundamentos e conteúdo. 3 A doutrina da posição preferencial. 3.1 Aplicação na jurisprudência norte-americana. 3.2 Aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. 3.3 Considerações doutrinárias. 4 Conclusão.

1 Introdução

O direito à liberdade de expressão é assegurado pelo art. 5º, inciso IV, da Constituição de 1988, segundo o qual “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Outros dispositivos da Lei Maior também estão relacionados ao preceito, a exemplo dos incisos V, IX, XIV e XVI do mesmo artigo. A norma assegura a prerrogativa individual de expressar ideias, ainda que ideologicamente minoritárias, bem como de deixar de expressá-las, independentemente da anuência estatal.

Trata-se de um dos mais complexos direitos fundamentais individuais, sendo sua forma de exercício, seus limites e suas consequências discutidos extensamente nos Tribunais. No âmbito internacional, o tema recebe relevante contribuição da doutrina e da jurisprudência oriundas dos Estados Unidos, especialmente à luz da Primeira Emenda à Constituição americana de 1787. No plano nacional, sua importância foi plenamente reconhecida com o advento da Constituição de 1988 e a redemocratização do País.

O presente artigo dedica-se a analisar os fundamentos gerais desse direito e os principais elementos que integram a doutrina da posição preferencial (*preferred position*), tese que defende o reconhecimento da posição privilegiada da liberdade de expressão em relação a outros direitos fundamentais. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, com o emprego do método de abordagem

dialético, buscando esclarecer as bases teóricas do modelo, à luz da jurisprudência norte-americana, bem como o modo como este tem sido recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal.

2 Liberdade de expressão: fundamentos e conteúdo

A compreensão do fenômeno da primazia da liberdade de expressão pressupõe a análise dos fundamentos filosóficos em prol da referida prerrogativa, os quais são invocados para justificar uma proteção jurídica diferenciada ao seu exercício. Não há unanimidade entre as propostas teóricas sobre o tema, de modo que é possível observar variações entre os elementos invocados pela doutrina e pela jurisprudência. Não obstante, alguns preceitos recebem posição de destaque no estudo do assunto e, por isso, serão abordados no presente tópico.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.815, o ministro Luís Roberto Barroso consignou que a posição privilegiada do direito à liberdade de expressão decorre, principalmente, de cinco fundamentos: a proteção da democracia, a dignidade humana, a necessidade de garantia do processo coletivo de busca da verdade, a função instrumental para o exercício e usufruto dos demais direitos e garantias fundamentais e a suspeição em relação à censura estatal.¹ Trata-se de uma síntese das justificativas mais comumente apontadas não apenas para invocar a doutrina da posição preferencial, mas para legitimar o próprio conteúdo da liberdade de expressão. Passa-se, então, ao exame detalhado desses elementos.

O regime democrático guarda estreita relação com o exercício da liberdade de expressão. Com efeito, ele não poderia subsistir sem a efetiva participação do indivíduo, mediante expressão de suas convicções, na formação da vontade coletiva.² Esse vínculo já

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 10 jun. 2015a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 14 dez. 2020.

2 SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 260-268.

foi reconhecido em diversos precedentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), sendo pertinente a menção à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130, na qual se consignou que o exercício da liberdade de imprensa (abarcada na liberdade de expressão *lato sensu*) contribui para a efetividade das normas constitucionais e para a concretização “de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas”.³

No ponto, alguns autores destacam a possibilidade de conferir uma dimensão mais rígida à liberdade de expressão quando esta recai sobre assuntos relativos ao governo, ou seja, no discurso político *stricto sensu*, notadamente porque é a atividade governamental que assegurará o pleno exercício das liberdades estritamente individuais.⁴ A tese reforça a incindibilidade entre a livre expressão e a manutenção das bases do Estado Democrático de Direito.

Indo além, é possível identificar duas correntes acerca da amplitude da doutrina sob análise. A primeira, capitaneada pela jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, defende que o reconhecimento da precedência da liberdade de expressão independe do seu conteúdo. Já a segunda restringe a aplicabilidade da tese às hipóteses em que o objeto exprimido relacione-se aos direitos políticos e ao interesse público.⁵

A garantia da dignidade humana, por sua vez, estaria inclusa no rol de justificativas ora examinado pelo reconhecimento de que o próprio desenvolvimento pessoal do sujeito está condicionado à

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 6 nov. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 14 dez. 2020.

4 OSÓRIO, Aline. Liberdade de expressão e democracia nos trinta anos da Constituição de 1988. In: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira (orgs.). *A Constituição da República segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 483-512.

5 OSÓRIO, 2018.

possibilidade de expressar livremente suas ideias e sentimentos.⁶ Em outras palavras, o exercício da prerrogativa de expressão conduz à realização individual e à autonomia dos indivíduos, respeitando-se sua identidade pessoal e sua autodeterminação.

Argumenta-se, ainda, que a livre discussão e a contraposição de ideias permitem aos sujeitos o exercício de uma análise mais profunda a respeito dos temas apreciados, cenário que favorece o desenvolvimento do conhecimento em direção à verdade.⁷ Sob tal perspectiva, apenas o livre debate pode assegurar que as ideias sejam rigorosamente avaliadas, complementadas e aperfeiçoadas pelo público, independentemente de condução estatal.

Nesse contexto, o ministro da Suprema Corte americana Oliver Wendell Holmes empregou a metáfora do “mercado de ideias” (*marketplace of ideas*), em alusão à lógica do livre mercado, no caso *Abrams v. United States*, julgado em 1919.⁸ A expressão tem destaque na literatura jurídica sobre o tema, tendo sido citada pelo ministro Edson Fachin em seu voto na ADPF n. 548, oportunidade em que enfatizou a impossibilidade de intervenção estatal no pleno funcionamento desse sistema autorregulado.⁹ Apesar do caráter peremptório da assertiva, admite-se excepcionalmente a definição de limites para o direito em tela, o que será abordado com maior profundidade em linhas posteriores.

Apesar de não ser possível falar em verdade universal, diante dos subjetivismos de que se revestem certos temas e da influência da desigualdade socioeconômica sobre o debate,¹⁰ é viável o reconheci-

6 SARMENTO, 2018.

7 OSÓRIO, 2018.

8 OSÓRIO, 2018.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 548*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 27 out. 2018a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606689&ext=.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2020.

10 OSÓRIO, 2018.

mento de que o avanço do discurso social, da ciência e da educação conduz a sociedade a modelos mais próximos da realidade dos fatos. Daí a relevância do argumento em favor do respeito à natureza progressiva e cumulativa do processo de busca pelo conhecimento.

A liberdade de expressão também viabilizaria o exercício dos demais direitos fundamentais. Isso porque não se pode conceber o pleno usufruto de direitos civis e sociais, por exemplo, sem a garantia de articulação de grupos e ideias com vistas à implementação de normas gerais ou políticas públicas. Nesse sentido, “a crítica e a reivindicação política são as formas mais eficazes de conquista dos direitos e de melhoria dos serviços públicos”.¹¹

O último dos fundamentos elencados no voto do ministro Luís Roberto Barroso é a desconfiança histórica nos governos, decorrente da suspeita perene de que o Estado pode, a qualquer momento, interferir no exercício da liberdade de expressão com o objetivo de regular a forma ou o conteúdo desse direito.¹² Tal circunstância demanda um alto grau de vigilância por parte dos indivíduos, isto é, as investidas estatais para imposição de limites a essa prerrogativa, ainda que teoricamente tímidas, devem ser interpretadas com cautela por seus destinatários, com o objetivo de identificar de antemão eventuais tentativas de cerceamento da plena liberdade civil.

As justificativas acima descritas podem também ser categorizadas em dois grandes grupos – as justificativas de natureza instrumental e aquelas de natureza constitutiva ou moral. O primeiro engloba os benefícios que a prerrogativa proporciona aos indivíduos e à coletividade, contribuindo para o avanço do conhecimento humano em direção à verdade, para a manutenção do equilíbrio entre estabilidade e mudança na sociedade (estabilidade governamental) e para a garantia da democracia. O último representa a garantia da autonomia de consciência, isto é, o reconheci-

11 OSÓRIO, 2018, p. 496.

12 OSÓRIO, 2018.

mento de que os cidadãos devem ser autorizados a pensar e extrair conclusões por si próprios.¹³

Quanto ao conteúdo, a proteção jurídica conferida à liberdade de expressão é ampla, abarcando, a princípio, “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”.¹⁴ Engloba, ainda, a face oposta dessas condutas, qual seja, o direito de não se exprimir, de calar e de não se informar.¹⁵

Nota-se que o reconhecimento dessa liberdade, quando não colide com outros direitos fundamentais, independe de juízo de valor acerca da veracidade, moralidade ou seriedade da ideia transmitida. É inerente à caracterização da liberdade que o discurso ou conduta seja viabilizado mesmo (e especialmente) nas hipóteses em que se verifique divergência quanto à adequação de seus termos ou da forma pela qual o pensamento foi propagado. A possibilidade de divergências é a essência do discurso e do debate público.

Trata-se de uma liberdade negativa, assim entendida como o direito a uma abstenção por parte do Estado, que não deve interferir na livre manifestação do pensamento, seja colocando-se na posição de examinador prévio do mérito da opinião emitida ou impondo sanções pelo exercício regular da prerrogativa de expressar-se. Com efeito, a crítica às ideias deve partir do público, a quem cumpre decidir sobre a sua validade e aceitabili-

13 SIMAO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. A fundamentalidade do direito à liberdade de expressão: as justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 12, n. 1, set. 2017. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72978>. Acesso em: 22 dez. 2020. DOI: 10.22456/2317-8558.72978.

14 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 264.

15 MENDES; BRANCO, 2015.

dade.¹⁶⁻¹⁷ Isso não autoriza, todavia, o exercício da violência, tampouco impede que o indivíduo assuma as consequências, cíveis e penais, por suas palavras e condutas.¹⁸ A definição dos limites desse direito será objeto do tópico seguinte deste estudo.

Por fim, cumpre consignar que a liberdade de expressão é comumente desdobrada em manifestação do pensamento e divulgação de fatos. Enquanto o primeiro aspecto estaria relacionado a convicções do sujeito, o último seria afeto à liberdade de informar. A distinção é relevante em virtude da existência de normas específicas que regem os veículos de comunicação social, as quais traduzem um compromisso mais incisivo de narração dos fatos conforme a verdade.¹⁹ O presente artigo tem como foco a manifestação do pensamento, dotada de maior grau de abstração, com a consequente dificuldade de definição de seus contornos.

3 A doutrina da posição preferencial

Diante da relevância dos fundamentos invocados para a proteção da liberdade de expressão, foi desenvolvida a tese segundo a qual é preciso conferir posição preferencial a referido direito, quando contraposto a outras prerrogativas também reconhecidas juridicamente. Trata-se, assim, de uma proteção reforçada contra investidas autoritárias e tentativas de restrição do alcance dessa liberdade fundamental.

A origem da doutrina é atribuída ao Direito norte-americano, tendo a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América papel de destaque no desenvolvimento de suas balizas teóricas. No Brasil, o tema passou a receber ênfase após ser expressamente citado em diversos precedentes do Supremo

16 MENDES; BRANCO, 2015.

17 SARMENTO, 2018.

18 MENDES; BRANCO, 2015.

19 SARMENTO, 2018.

Tribunal Federal a partir dos anos 2000.²⁰ Nos tópicos seguintes, serão analisados os principais precedentes de ambas as Cortes acerca do assunto sob exame para identificação dos parâmetros que devem guiar o intérprete.

3.1 Aplicação na jurisprudência norte-americana

Segundo alguns autores, pode-se apontar como origem remota da doutrina da posição preferencial as discussões entre Thomas Jefferson e James Madison que levaram à elaboração da Primeira Emenda à Constituição americana de 1787.²¹ Referida norma preconiza que “o Congresso não editará leis [...] cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa [...]”.²² Trata-se do dispositivo central sobre o tema no ordenamento jurídico dos Estados Unidos.

A Suprema Corte americana confere interpretação expansiva à referida norma constitucional, sendo sua jurisprudência caracterizada por priorizar o exercício do direito à liberdade de expressão. Diferencia-se, assim, da posição predominante no continente europeu, especialmente na Alemanha, desde o término da Segunda Guerra Mundial, marcada pela ausência de preferência a tal direito.²³

Um dos primeiros casos sobre liberdade de expressão levados à Suprema Corte americana foi *Schenck v. United States*, julgado em 1919. O litígio dizia respeito à condenação de um homem com base no *Espionage Act*, por ter distribuído panfletos subversivos que, no entender da acusação, representavam um risco à estabilidade do governo. A Corte manteve a condenação, ocasião em que formu-

20 OSÓRIO, 2018.

21 OSÓRIO, 2018.

22 OSÓRIO, 2018, p. 498.

23 WEDY, Miguel Tedesco; HORBACH, Lenon Oliveira. Uma abordagem comparada acerca do discurso de ódio entre Brasil e Estados Unidos. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, e37204, maio/ago. 2019, p. 10. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30692>. Acesso em: 27 dez. 2020. DOI: 10.5902/1981369430692.

lou um critério que passaria a ser clássico para demandas do gênero: o teste do perigo claro e iminente (*clear and present danger*), que, se confirmado, autorizaria a restrição às liberdades comunicativas.²⁴

O esboço da doutrina preferencial foi efetivamente traçado em momento posterior – no caso *United States v. Carolene Products Co.*, julgado em 1938. O caso não tratava especificamente sobre a liberdade de expressão – na verdade, a discussão tinha como tema a regulação econômica pelo Estado. Em seu voto, o *justice* Harlan Stone afirmou que “as regulações das liberdades e da propriedade somente deveriam ser declaradas inconstitucionais quando nenhuma base razoável fosse vislumbrada na correlação entre meios e fins”.²⁵ Com isso, estabeleceu-se que caberia ao Poder Judiciário, a princípio, a adoção de uma postura de maior deferência às escolhas realizadas pelo Poder Legislativo.

Contudo, na nota de rodapé n. 4, vinculada à afirmação supracitada, o julgador ressaltou que tal raciocínio não deveria ser aplicado a outros direitos fundamentais diversos das liberdades econômicas e da propriedade. Nesses casos, normas restritivas deveriam ser examinadas com maior rigidez (*strict scrutiny*).²⁶ Portanto, o nível de deferência a ser concedido ao Poder Legislativo dependeria da natureza do direito fundamental restringido.

Essas considerações possibilitaram o desenvolvimento da tese de graduação do princípio da presunção de constitucionalidade de atos normativos. Direitos de cunho econômico estariam sujeitos a uma análise mais favorável à manutenção das normas restritivas estabele-

24 TERRA, Felipe Mendonça. Razão ou sensibilidade? Decidindo casos sobre liberdade de expressão: lições do cenário norte-americano. *Universitas Jus*, Brasília, v. 27, n. 1, 2016, p. 178. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/3551>. Acesso em: 6 jan. 2021. DOI: 10.5102/unijus.v27i1.3551.

25 MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 48, 2004, p. 106. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15236>. Acesso em: 10 jan. 2021.

26 MARTEL, 2004.

cidas pelo Poder Público, enquanto os direitos assegurados pelas dez primeiras emendas à Constituição americana, em harmonia com a décima quarta emenda (direitos essencialmente civis e concernentes a processos políticos), devem receber proteção mais robusta. Essa visão graduada da presunção de constitucionalidade é bem explicada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

A jurisprudência consolidou parâmetros diferentes para o exercício do controle de constitucionalidade, que envolvem graus variáveis de deferência em relação às decisões legislativas ou administrativas. Existe o “teste da racionalidade” (*rationality test*) caracterizado pela extrema autocontenção judicial, utilizado, por exemplo, para o controle da regulação das atividades econômicas; o “teste intermediário” (*intermediate test*), mais rigoroso do que o primeiro, usado, por exemplo, para controle de possíveis discriminações de gênero; e o teste do escrutínio estrito (*strict scrutiny*), extremamente rigoroso, em que ocorre praticamente uma inversão na presunção de constitucionalidade do ato normativo. Esse último parâmetro, quase sempre “fatal” para o ato normativo examinado, é empregado para controle de leis restritivas de algumas liberdades públicas, como as liberdades de expressão e religião [...].²⁷

A expressão “posição preferencial” (*preferred position*), por sua vez, foi empregada expressamente no âmbito da Suprema Corte americana em 1942, pelo *justice* Harlan Stone, no caso *Jones v. Opelika*.²⁸⁻²⁹ Na oportunidade, o julgador retomou a lógica empregada na nota de rodapé n. 4 do caso *United States v. Carolene Products*, reafirmando que direitos de naturezas diversas estão sujeitos a graus de escrutínio diferenciados. Contudo, a tese foi consolidada no caso *Murdock v. Commonwealth of Pennsylvania*, julgado em 1943, no qual a doutrina da posição preferencial foi afinal aceita pela maioria da Suprema Corte americana.³⁰

27 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 459.

28 MARTEL, 2004.

29 OSÓRIO, 2018.

30 OSÓRIO, 2018.

Posteriormente, no caso *Thomas v. Collins*, julgado em 1945, a prioridade da liberdade de expressão foi ressaltada no voto do *justice* Rutledge, que reiterou a imprescindibilidade da aferição, em concreto, de perigo claro e iminente ao bem-estar público para que seja justificada a restrição do direito em tela.³¹ Conforme consignado pela Corte, “apenas os abusos mais graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaço a limitações admissíveis”.³²

Finalmente, cumpre registrar que a jurisprudência norte-americana, a exemplo do que se verificou no caso *Police Dept. of City of Chicago v. Mosley*, de 1972, distingue as restrições fundadas no conteúdo da mensagem expressa (*content-based*) daquelas fundadas em outros fatores, como tempo, lugar ou forma (*content-neutral*) – as primeiras, por atingirem o cerne da ideia, estão sujeitas a um controle judicial mais rigoroso.³³ Assim, uma “restrição baseada em conteúdo é presumida inconstitucional de acordo com a primeira emenda, salvo quando houver argumentos convincentes (*compelling rights*), aptos a justificar a restrição”.³⁴

Verifica-se que o tema apresenta grande complexidade, tendo recebido tratamento extenso pela Suprema Corte dos Estados Unidos, com a fixação de critérios específicos para situações concretas diferenciadas. O amplo e antigo debate gerou precedentes relevantes, que passaram a ser invocados em outros ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro, conforme será exposto no tópico seguinte deste estudo. Deve-se considerar, todavia, que as particularidades sociais e históricas impactam consideravelmente o resultado do emprego das técnicas interpretativas narradas, de modo que a adequação dos parâmetros expostos pode demandar adaptações casuísticas.

31 OSÓRIO, 2018.

32 GRAÇA, Guilherme Mello. Desvelando o grande irmão. Fake news e democracia: novos desafios do direito constitucional contemporâneo. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas*, Pelotas, RS, v. 5, n. 1, 2019, p. 403. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/13987>. Acesso em: 12 jan. 2021.

33 OSÓRIO, 2018.

34 WEINSTEIN, 2009 *apud* WEDY; HORBACH, 2019, p. 14.

3.2 Aplicação pelo Supremo Tribunal Federal

A doutrina da posição preferencial foi consagrada no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro a partir do julgamento da ADPF n. 130, ocorrido em 2009. Referida ação discutia a compatibilidade da Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa) com a Constituição de 1988. Em seu voto, o ministro Ayres Britto consignou que “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu*”.³⁵ Declarou-se, ao final, que a norma impugnada não foi recepcionada pela nova ordem jurídica, por restringir indevidamente a liberdade de imprensa.

Posteriormente, em 2011, a tese foi reafirmada no bojo da ADPF n. 187. A demanda abordava a (i)legitimidade de manifestação favorável à descriminalização de substância entorpecente, conhecida como “marcha da maconha”. Nas palavras do ministro Luiz Fux,

a liberdade de expressão, como direito fundamental, merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso, *prima facie*, maior.³⁶

O resultado do julgamento foi favorável ao reconhecimento da compatibilidade da citada manifestação com a Constituição Federal.

Frisou-se, contudo, que o raciocínio não implica hierarquização jurídica dos direitos fundamentais, tratando-se, na verdade, de interpretação de natureza axiológica. Conforme assentado,

não se quer afirmar que haja qualquer espécie de hierarquia entre as normas constitucionais – o princípio da unidade da Constituição [...]

³⁵ BRASIL, 2009.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 15 jun. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 14 dez. 2020.

não concebe essa distinção hierárquica –, mas é inegável que existe uma certa preeminência axiológica da liberdade de expressão.³⁷

O posicionamento foi mantido quando do julgamento da ADI n. 4.815, em 2015. A ação discutia a constitucionalidade da exigência de autorização prévia para a publicação de biografias, assunto regulado pelos arts. 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil). O ministro Luís Roberto Barroso mencionou em seu voto que a Constituição elaborou

um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade.³⁸

Reiterou-se, ainda, a inexistência de hierarquia jurídica, mas meramente axiológica, entre os preceitos:

[A] impossibilidade de hierarquização dos direitos fundamentais não obsta que o sistema constitucional atribua uma proteção privilegiada a alguns bens jurídicos e estabeleça posições de preferência *prima facie* em relação a determinados princípios ou valores dotados de elevado valor axiológico.³⁹

Já na ADI n. 4.451 se discutiu a (in)constitucionalidade de dispositivos legais que estabeleciam a prévia ingerência estatal no direito à crítica durante o processo eleitoral. A primazia da liberdade de expressão foi salientada pelo ministro Edson Fachin, que adotou esse *status* de especial proteção como uma de suas razões de decidir. A tese foi reiterada pelo ministro Luís Roberto Barroso, que ressaltou sua principal consequência: “o ônus argumentativo da demonstração de que outro valor deva sobrepujá-la é da parte que esteja questionando, da parte que esteja impugnando a norma”.⁴⁰

37 BRASIL, 2011.

38 BRASIL, 2015a.

39 BRASIL, 2015a.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 21 jun. 2018b. Disponível em: <http://redir>.

Ainda no ano de 2018, foi proposta a ADPF n. 548, já citada em tópico anterior deste estudo, buscando a declaração de nulidade de decisões da Justiça Eleitoral que determinavam buscas e apreensões em universidades e associações de docentes, sob o argumento de exercício indevido de propaganda política. À época, concedeu-se medida liminar para suspender os efeitos dos pronunciamentos judiciais impugnados, ante a legitimidade da livre manifestação de ideias e da divulgação do pensamento nos ambientes universitários. No julgamento do mérito da demanda, a ministra Cármen Lúcia mencionou que “o respeito à exposição do livre pensamento por particulares ou, mais ainda, pelos agentes estatais é da dinâmica democrática”.⁴¹

O tema receberá contribuição importante no bojo do Recurso Extraordinário n. 662.055/SP, pendente de julgamento. O litígio envolve uma sociedade de proteção dos direitos dos animais e, de outro lado, uma pessoa jurídica de direito privado que organiza rodeios. A primeira veiculou mensagens na internet denunciando suposto tratamento cruel e conclamando a população a instar os patrocinadores do evento a retirarem seu apoio. A organizadora alega a falsidade das informações divulgadas, bem como o exercício abusivo da liberdade de expressão.⁴² A repercussão geral da matéria foi reconhecida em 2015, em decisão assim ementada:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITOS DOS ANI-

stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337. Acesso em: 14 dez. 2020.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 548*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 15 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343350100&ext=.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2020.

42 ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 112-142, 2016. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10923/11313>. Acesso em: 8 jan. 2021.

MAIS E RELEVANTE PREJUÍZO COMERCIAL A EVENTO CULTURAL TRADICIONAL. RESTRIÇÕES A PUBLICAÇÕES E DANOS MORAIS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. A decisão recorrida impôs restrições a publicações em sítio eletrônico de entidade de proteção aos animais, que denunciava a crueldade da utilização de animais em rodeios, condenando-a ao pagamento de danos morais e proibindo-a de contactar patrocinadores de um evento específico, tradicional e culturalmente importante. 2. Constitui questão constitucional da maior importância definir os limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia jurídica, como os da inviolabilidade da honra e da imagem, bem como fixar parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas. 3. Repercussão geral reconhecida.⁴³

Nota-se que o Tribunal pretende estabelecer critérios claros para o reconhecimento dos limites à liberdade de expressão, o que certamente densificará a doutrina da posição preferencial, mediante a definição dos parâmetros para sua esmerada aplicação. Deve-se ter em vista, contudo, que o caso concreto tem como peculiaridade a alegação de veiculação de informações falsas, circunstância essa que confere aspecto diferenciado à lide, pois esta não estará limitada à discussão acerca da colisão frontal entre o exercício legítimo de direitos fundamentais legitimamente exercidos.

Do exposto, observa-se que a tese é expressamente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo frequentemente reiterada em sede de controle de constitucionalidade. Não obstante, é recomendável cautela ao invocá-la. Isso porque as decisões supracitadas, apesar de firmarem a precedência, *prima facie*, da liberdade de expressão, não fornecem critérios específicos ou acomodações interpretativas que conduzam à aplicação segura do direito.⁴⁴ A textura aberta dos

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 662.055/SP*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 27 ago. 2015b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307638786&ext=.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

44 ROBL FILHO; SARLET, 2016.

preceitos examinados dificulta a imposição de regras objetivas para fixação dos limites ao direito discutido, exigindo a minuciosa análise das características do caso concreto *sub judice*. Assim, espera-se que o desenvolvimento da matéria no STF forneça parâmetros mais seguros para o enfrentamento da dificuldade exposta.

3.3 Considerações doutrinárias

Com base nos precedentes examinados e no desenvolvimento teórico do tema, é possível identificar alguns parâmetros para a aplicação da doutrina da posição preferencial. A primeira premissa a ser destacada é a impossibilidade do reconhecimento de caráter absoluto a qualquer direito fundamental, apesar das fórmulas peremptórias utilizadas pelo legislador constituinte na redação das cláusulas constitucionais.⁴⁵

Assim, deve-se admitir a possibilidade (e a probabilidade) de que o caso concreto se revista de complexidade que desafie os comandos normativos abstratos. Nessas circunstâncias, exige-se do intérprete a reflexão a respeito do enquadramento dos fatos à hipótese legal, com especial atenção ao campo de aplicação de outros direitos por vezes antagônicos.

A respeito da unidade da Constituição, deve-se admitir que o consenso fundamental do qual resulta a ordem jurídica vigente não impede a existência de tensões entre princípios constitucionais, tendo em vista que o pluralismo e o antagonismo são fatores naturais no pacto jurídico-político. Essas tensões, contudo, não resultarão na eliminação de um princípio para a afirmação de outro. Em vez disso, eles podem ser submetidos à ponderação e à concordância prática, à luz das características do caso concreto.⁴⁶

45 COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Liberdade de expressão na internet: desafios regulatórios e parâmetros de interpretação*. 2016. 208 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2016.

46 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

Devem, ainda, ser ressaltadas como premissas basilares sobre os limites dos direitos fundamentais a vedação à proteção de práticas ilícitas e a necessidade de preservação do seu núcleo essencial.⁴⁷ Desse modo, na hipótese de colisão, assim entendida como “a situação em que dois ou mais direitos fundamentais, coexistentes em abstrato, passam a representar obstáculo ao exercício do outro”,⁴⁸ faz-se necessária a avaliação do peso dos direitos examinados conforme as circunstâncias específicas de cada caso.

Podem, ainda, ser apontados como parâmetros a vedação à violência,⁴⁹ ao “discurso de ódio” (*hate speech*), à discriminação e as ofensas graves à dignidade humana e aos direitos de personalidade a ela vinculados.⁵⁰ Além disso, pode-se citar a interpretação da liberdade de expressão a partir de valores liberais, democráticos e republicanos; o emprego de juízo de proporcionalidade e razoabilidade quando estritamente necessário; a não proteção à divulgação de informações inverídicas de forma dolosa ou com negligência grave, situação que concludaria a teoria da malícia; e a não proteção à divulgação de informações obtidas por meios ilícitos, salvo na hipótese de veículos de comunicação social que divulguem fatos de interesse público e não tenham participação na obtenção ilícita do material. De igual modo, não estaria no âmbito da liberdade de expressão a proteção a teses negacionistas de fatos firmemente estabelecidos, quando tiverem aptidão para lesar a dignidade humana ou outros direitos fundamentais da espécie.⁵¹

É também relevante a distinção, nos casos referentes à tensão entre liberdade de expressão e direitos à honra e à imagem, do nível de proteção conferido a personalidades públicas em relação aos

47 COLNAGO, 2016.

48 COLNAGO, 2016, p. 59.

49 MENDES; BRANCO, 2015.

50 ROBL FILHO; SARLET, 2016.

51 ROBL FILHO; SARLET, 2016.

demais indivíduos.⁵² Com efeito, a constatação de um grau maior de exposição pública do indivíduo enseja análise parcimoniosa acerca da possibilidade de cercear opiniões ou manifestações a seu respeito.

Os parâmetros ora apresentados não esgotam o assunto, que comporta discussões mais amplas com relação ao alcance da pretensão restritiva sobre a liberdade de expressão. Buscou-se aqui identificar critérios relevantes para a adequada aplicação da tese da posição preferencial, considerando, por um lado, a impossibilidade de sacrifícios de determinados direitos em benefício de outros e, por outro, a tendência contemporânea de privilegiar o direito à livre expressão de ideias.

4 Conclusão

O presente estudo examinou os principais fundamentos do direito à liberdade de expressão, demonstrando sua vinculação com o regime democrático e com o princípio da dignidade humana, bem como sua contribuição para a garantia do processo de busca pela verdade e para o usufruto dos demais direitos e garantias fundamentais. A partir dessas justificativas, analisou-se a tese segundo a qual é preciso conferir posição preferencial a referido direito, quando contraposto a outras prerrogativas cujos valor e importância também são reconhecidos juridicamente.

Pelos argumentos expostos, observa-se que a doutrina da posição preferencial representa uma proteção reforçada contra investidas autoritárias e tentativas de restrição do alcance dessa liberdade fundamental, a qual tem sido amplamente debatida na jurisprudência norte-americana e, mais recentemente, na brasileira. Desde a redemocratização em 1988, o STF tem reconhecido o papel central da liberdade de expressão no ordenamento jurídico pátrio, mas não admite o caráter absoluto desse direito. Em vez disso, autoriza a sua limitação por outros direitos previstos expressamente na Constituição ou dela decorrentes.

52 ROBL FILHO; SARLET, 2016.

A posição preferencial, portanto, não é garantia inarredável da sobrepujança da liberdade de expressão sobre outros direitos – a avaliação do caso concreto sempre será determinante para a definição de seus contornos. Por outro lado, a complexidade da matéria e a ausência de marcos teóricos firmes sobre sua restrição na jurisprudência nacional podem dificultar a aplicação uniforme da teoria. Visando ao estabelecimento de premissas objetivas sobre o assunto, alguns parâmetros têm sido invocados pela doutrina e pela jurisprudência para auxílio do intérprete.

No estudo em epígrafe, foram mencionados como parâmetros viáveis a vedação à violência, ao discurso de ódio, à discriminação e a ofensas graves à dignidade humana; a interpretação à luz de valores liberais, democráticos e republicanos; o emprego de juízo de proporcionalidade e razoabilidade; a não proteção à divulgação de informações inverídicas de forma dolosa ou com negligência grave; a não proteção, em regra, à divulgação de informações obtidas por meio ilícitos ou de teses negacionistas violadoras de direitos fundamentais; bem como o grau diferenciado de proteção conferido a pessoas públicas.

Com tais considerações, é notável a necessidade de avanço da jurisprudência brasileira na formulação de critérios para o aperfeiçoamento da tutela jurídica da liberdade de expressão. A complexidade dos casos concretos envolvendo tensão entre referido direito fundamental e outros de semelhante envergadura tem exigido do intérprete o exame cauteloso e aprofundado do tema, o que reafirma a importância da fixação de parâmetros objetivos com vistas à obtenção da melhor solução para conflitos entre direitos individuais.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 6 nov. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 15 jun. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 10 jun. 2015a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 21 jun. 2018b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 548*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 15 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343350100&ext=.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 548*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 27 out. 2018a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606689&ext=.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 662.055/SP*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 27 ago. 2015b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307638786&ext=.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Liberdade de expressão na internet: desafios regulatórios e parâmetros de interpretação*. 2016. 208 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2016.

GRAÇA, Guilherme Mello. Desvelando o grande irmão. Fake news e democracia: novos desafios do direito constitucional contemporâneo. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas*, Pelotas, RS, v. 5, n. 1, p. 392-414, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/13987>. Acesso em: 12 jan. 2021.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 48, p. 91-117, 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15236>. Acesso em: 10 jan. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

OSÓRIO, Aline. Liberdade de expressão e democracia nos trinta anos da Constituição de 1988. In: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira (Orgs.). *A Constituição da República segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 483-512.

ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 112-142, 2016. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10923/11313>. Acesso em: 8 jan. 2021.

SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 260-268.

SIMAO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. A fundamentalidade do direito à liberdade de expressão: as justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 12, n. 1, set. 2017. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72978>. Acesso em: 22 dez. 2020. DOI: 10.22456/2317-8558.72978.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TERRA, Felipe Mendonça. Razão ou sensibilidade? Decidindo casos sobre liberdade de expressão: lições do cenário norte-americano. *Universitas Jus*, Brasília, v. 27, n. 1, p. 163-187, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/3551>. Acesso em: 6 jan. 2021. DOI: 10.5102/unijus.v27i1.3551.

WEDY, Miguel Tedesco; HORBACH, Lenon Oliveira. Uma abordagem comparada acerca do discurso de ódio entre Brasil e Estados Unidos. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, e37204, maio/ago. 2019. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30692>. Acesso em: 27 dez. 2020. DOI: 10.5902/1981369430692.

A necessidade de aprimoramento do instituto da prescrição na Lei n. 8.429/1992

André Luiz Silva Batista

Técnico Administrativo do Ministério Público da União.
Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Resumo: A prática de condutas ímprobas é uma realidade no âmbito da Administração Pública brasileira. A Lei n. 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade, reveste-se de crucial importância na busca da repressão a esse lamentável quadro. Não obstante, é fundamental que se apontem eventuais falhas na lei em análise para que se busque o seu aprimoramento. Uma dessas falhas reside na insuficiente disciplina da prescrição, prevista no art. 23. O objetivo do presente artigo, portanto, é tratar do instituto da prescrição à luz da Lei n. 8.429/1992 e evidenciar a necessidade de, pela via legislativa, dar nova roupagem a esse ponto.

Palavras-chave: Lei de Improbidade Administrativa. Prescrição. Insuficiência normativa.

Abstract: The practice of unfair conduct is a reality within the scope of the Brazilian Public Administration. Law 8.429/1992, known as the Law of Improbability, is of crucial importance in the search for the repression of this unfortunate situation. Nevertheless, it is essential to point out any flaws in the law under analysis in order to seek its improvement. One of these flaws lies in the insufficient discipline of prescription, provided for in art. 23. The objective of the present work, therefore, is to deal with the prescription institute in the light of Law 8.429/1992 and highlight the need, through the legislative route, to give a new look to this point.

Keywords: Administrative Improbability Law. Prescription. Regulatory failure.

Sumário: 1 Introdução. 2 O dever de probidade perante a Administração Pública. 3 Lei n. 8.429/1992: código geral de conduta dos

agentes públicos. 4 O instituto da prescrição. O tempo e o Direito. 5 A prescrição nas ações de improbidade administrativa. 6 Conclusão.

1 Introdução

A disciplina normativa da prescrição na Lei n. 8.429/1992 pode aparentar, à primeira vista, como sendo bem delimitada, de modo que seria um assunto de pouca complexidade.

Todavia, como se verá, a citada lei, além de dispor de maneira extremamente genérica sobre os prazos prescricionais para as pretensões envolvendo a aplicação das sanções decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa, no pouco que trata ainda não é bem delimitada.

Some-se a isso a circunstância de que, de modo geral, doutrina e jurisprudência se prendem a uma análise extremamente fria da norma que disciplina a questão, esquecendo-se de diversas outras situações que a lei não logrou alcançar.

Dessa forma, o profissional do Direito que lide com a questão da improbidade administrativa deve estar muito atento ao que vem sendo objeto de estudo de uma pequena parcela da doutrina que está se aprofundando nas diversas nuances não previstas na Lei n. 8.429/1992 no que tange à prescrição.

2 O dever de probidade perante a Administração Pública

Nas lições de Nobre Júnior, a ciência jurídica tem mostrado uma inclinação, a partir do final do século XIX, da sua aproximação com a moral. As normas jurídicas, a despeito de sua obrigatoriedade, perderiam sentido caso se mostrassem contra os ditames morais.¹

Para Osório, o dever de honestidade é uma das diretrizes básicas da probidade administrativa, compondo-se de elementos que

1 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, n. 235, p. 61-91, jan./mar. 2004.

integram o conceito de legalidade, moralidade e lealdade institucionais.² Com efeito, a desonestidade ímproba caracteriza-se pela violação de normas legais, morais e de lealdade institucional.

Com o passar do tempo, a preocupação com as questões morais no âmbito da Administração Pública ultrapassou os limites do simples desvio de finalidade. A própria noção da democracia passou a girar em torno da efetiva presença da moral na vida pública.

A atividade administrativa pautada na moral pressupõe, entre outros, valores como a lealdade, a economicidade no manuseio de verbas públicas, a tomada de decisões com base em critérios objetivos e imparciais, o combate à corrupção.³

A honestidade é, a princípio, um dever moral, mas também constitui um dever jurídico geral, na medida em que contemplado no sistema normativo. Mais ainda, o dever de mínima honestidade é um específico dever público que constitui uma das bases do dever de probidade administrativa.

Assim, o agente posto para atuar em nome do Estado, principalmente aquele que exerce uma competência discricionária, não poderá deixar de atentar para a moralidade, a qual é inerente à boa administração, competindo-lhe exercer suas atribuições com vistas à obtenção da melhor maneira de concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos.⁴

3 Lei n. 8.429/1992: código geral de conduta dos agentes públicos

No Brasil, é de percepção geral a existência de um elevado grau de corrupção presente na Administração Pública.

2 OSÓRIO, Fábio Medina. *Honestidade administrativa*. Teoria da improbidade administrativa. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

3 NOBRE JÚNIOR, 2004.

4 NOBRE JÚNIOR, 2004.

Os códigos de conduta, revestidos de legalidade e juridicidade, têm fundamental importância no marco de regulação do dever de probidade administrativa. Se compararmos a ausência de códigos com a sua presença no cenário político-administrativo, embora não existam estatísticas seguras, é sintomático que o setor público necessita de regulações escritas e formalizadas.⁵

A formalização de normas tipificadoras, como é o caso da Lei n. 8.429/1992, transmite uma ideia de segurança, de formalismo jurídico e de devido processo sancionador, resultando, com isso, em um saudável ambiente de controle.⁶

A Lei de Improbidade Administrativa sintetiza um modelo de controle social e manifestação de um poder punitivo estatal de caráter geral,⁷ consistindo em um microssistema de proteção à boa gestão pública, e que busca, em linhas gerais, repelir dois traços da má gestão: a desonestidade e a ineficiência.⁸

Não bastam para o setor público, portanto, os tradicionais Códigos de Ética, muito utilizados no âmbito empresarial, embora estes também tenham um inestimável valor moral no âmbito das regulações das condutas dos agentes particulares.⁹

Não se olvida que a forma tradicional de combate à corrupção no Brasil se dá no âmbito criminal. Ocorre que, ainda que se reconheça a importância da repressão penal em face de atos de corrupção, é indubitável que apenas essa frente de combate não resultou na

5 OSÓRIO, 2013, p. 123-124.

6 OSÓRIO, 2013.

7 NAPPI, Aniello. *Manuale di diritto penale*. Parte generali. Milano: Giuffrè, 2011.

8 GUARAGNI, Fábio André. A Lei de Improbidade Administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (org.). *Aspectos controversos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. v. 1. p. 24.

9 OSÓRIO, 2013, p. 179.

diminuição esperada. Deveras, observa-se uma legislação com a fixação de penas pequenas, tipos penais com a exigência de elementos subjetivos de difícil comprovação e prazos prescricionais reduzidos.¹⁰

Nessa linha de intelecção, dado o diagnóstico deletério da corrupção que assola o Brasil, a Lei n. 8.429/1992 é de fundamental relevância.

É bem verdade que a meta de erradicação da improbidade administrativa se mostra demasiadamente pretensiosa, notadamente ao se considerar que é um problema que se manifesta, na maior parte dos casos, com bastante discricção. Não obstante, a promulgação da Lei n. 8.429/1992 constituiu um marco no combate à corrupção,¹¹ de modo que ninguém há de duvidar que a sua correta e eficaz aplicação contribui, e muito, para a consolidação de valores tão relevantes para a Administração Pública e para a sociedade.¹²

4 O instituto da prescrição. O tempo e o Direito

A origem da prescrição remonta ao direito romano. Houve um momento nesse direito em que todas as ações eram perpétuas. Mas com o intuito de mitigar os rigores do *jus civile*, surge, no direito pretoriano, a *prescription temporalis*, pela qual o demandado se liberava do processo caso o autor não ajuizasse a ação dentro do prazo de um ano.¹³

10 LIMA, Paulo Ovídio dos Santos. Análise crítica da Lei de Improbidade Administrativa sob a perspectiva de sua efetividade. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (org.). *Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. v. 1. p. 274.

11 MATIAS, Flávio Pereira da Costa. Instituições financeiras oficiais e responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 15, n. 47, jan./jun. 2016. p. 255.

12 TRINDADE, Reginaldo Pereira da. Considerações sobre a prescrição da ação de improbidade administrativa. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (coord.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011. p. 248.

13 NAVES, Nilson Vital. Prescrição e decadência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 4, 1964. p. 164.

No ponto, cabe registrar que a análise do tempo sempre esteve presente nos questionamentos mais profundos do ser humano, desde a sua existência mais remota. Com efeito, o tempo constituiu-se em assunto de grande reflexão da própria existência do homem, porque enquanto se reveste de uma noção instigante e animadora, de outro lado, paradoxalmente, também é o corrosivo das próprias expectativas e esperanças.¹⁴

O tempo delimita a vida humana em todas as esferas. Não poderia, portanto, deixar de exercer grande influência no Direito. O tempo determina o nascimento e a extinção do direito, o prazo de vigência das normas, etc.¹⁵

Na doutrina italiana, foi o grande civilista Ruggiero que bem apresentou a exclamação sobre os efeitos do tempo, afirmando:

A influência que o tempo exerce sobre as relações jurídicas é tão intensa como aquela que exercita sobre todas as coisas humanas. E além de grande é também bastante variada. Direitos que não podem surgir senão em dadas contingências de tempo; direitos que não podem ter senão duração preestabelecida, quer fixada pela lei, quer pela vontade provada; direitos que não podem exercer-se fora de certo prazo; direitos que se adquirem e direitos que se perdem em consequência do decurso de um certo período de tempo – destes e de outros modos o elemento tempo manifesta a sua importância, posto que frequentemente ele não seja apenas o único fator que produz tais efeitos.¹⁶

O tempo é, pois, medida, é condição, é resolução, é aquisição, é extinção, é superação, é cicatrização, é, assim por dizer, o fator mais importante na contagem da vida humana, da pessoa natural, jurídica, da própria natureza que nos circunda.¹⁷

14 NASSAR, Elody. *O tempo no direito*. Prescrição na administração pública. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1-2.

15 NAVES, 1964, p. 164.

16 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução da 6ª edição italiana por Paolo Capitanio. Atualização por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 406.

17 NASSAR, 2009, p. 2.

5 A prescrição nas ações de improbidade administrativa

De partida, é crucial vermos alguns exemplos da abordagem dada à matéria por alguns doutrinadores.

Marino Pazzagli Filho¹⁸ afirma:

[...] as ações de improbidade administrativa [...] têm dois tempos de prescrição. O prazo prescricional é de cinco anos para serem ajuizadas contra agentes públicos eleitos ou ocupantes de cargos ou função de confiança, contado a partir do término do mandato ou exercício funcional. O prazo prescricional, em relação aos demais agentes públicos que exerçam cargo efetivo ou emprego público, é o estabelecido em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

Na mesma senda, Sarmento¹⁹ aduz que:

[...] Na primeira hipótese, a prescrição quinquenal começa a fluir após o término do mandato eletivo (presidente e vice-presidente da República, senador, deputado, governador e vice-governador, prefeito e vice-prefeito, vereador) do cargo em comissão ou de função em confiança. Nada impede, porém, que a ação de improbidade seja proposta no curso das atividades funcionais dos agentes públicos. [...] Na segunda hipótese, a prescrição da improbidade administrativa dos funcionários efetivos da União coincide com o prazo prescricional previsto para a demissão a bem do serviço público, que é de cinco anos a partir do dia que o fato se tornou conhecido, nos termos do art. 142 da Lei n. 8.112/1990. Quando se tratar de servidores estaduais e municipais, é preciso analisar os prazos prescricionais das leis específicas, embora quase todas sigam o padrão do Regime Jurídico dos Servidores Federais. [...] Essa regra não vale para as ações civis públicas que visam à aplicação de sanções indenizatórias. [...] A prescrição quinquenal só abriga a perda do cargo público, a suspensão dos direitos políticos, a proibição de

18 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 190-191.

19 SARMENTO, George. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 212-213.

contratar com o poder público e de receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios [...].

A despeito de a Lei n. 8.429/1992 ter sido um marco no combate à corrupção no Brasil, infelizmente ela não passa imune a críticas. Deveras, há inúmeras imperfeições na referida lei que impedem a efetiva concretização de seus objetivos, notadamente no que tange ao aspecto do presente estudo, a prescrição.

Ora, se é pela via judicial – ação de improbidade administrativa – que se pretenderá ver responsabilizados, no âmbito cível, aqueles agentes públicos que infringiram as normas da Lei n. 8.429/1992, antes de mais nada, deve-se estar atento ao prazo prescricional de tal pretensão.

Nesse sentido, é de fácil constatação ser extremamente insuficiente um único artigo da Lei n. 8.429/1992, o art. 23, com três simplórios incisos, tratar da disciplina da prescrição no âmbito da improbidade administrativa.

Nesse pensar, frise-se que o citado dispositivo é demasiadamente lacunoso, uma vez que não consegue delimitar a contento, para os mais diversos tipos de agentes públicos ou terceiros que com aqueles concorram, qual prazo prescricional será aplicável.

Verifica-se também que o legislador adotou o critério de prazos diferenciáveis a partir de um critério objetivo:²⁰ a situação jurídica do autor do ato. Em um primeiro momento, no inciso I, considera o exercício de funções exercidas através de mandatos (marcados pela transitoriedade) e, em outro, no inciso II, faz menção a funções que, em tese, são marcadas pela definitividade.

Por fim, no inciso III, incluído posteriormente pela Lei n. 13.019/2014, tratou o legislador da improbidade para aqueles que não se enquadram como agentes públicos das entidades da Administração direta ou indireta, uma vez que se refere ao quadro

20 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 105.

de empregados das entidades sujeitas à prática de ato de improbidade contra seu patrimônio e que recebem subvenção, benefício, ou incentivo fiscal ou creditício, de órgão público ou aquelas em cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Nesse cenário, observa-se que apenas foi dada preocupação a três tipos de agentes – os elencados nos incisos I, II e III do art. 23 –, deixando, com isso, uma enorme lacuna quanto aos demais agentes públicos (equiparados ou não), bem como em relação aos terceiros/particulares (*extraneus*) que concorram para a prática do ato de improbidade administrativa.

Não bastasse, fazendo uma análise articulada dos seus incisos, já é possível observar as situações conflituosas que podem se apresentar. Vejamos.

Como dito, o inciso I trata do prazo prescricional para aqueles que ocupam funções transitórias no âmbito da Administração Pública.

Nessa linha, ao se falar dos mandatos eletivos para os cargos do Poder Legislativo e do Executivo, o primeiro problema que salta aos olhos se refere ao marco inicial do prazo prescricional, uma vez que a lei não adentra nesse mérito.

Como cediço, a reeleição para os cargos do Poder Executivo está limitada, constitucionalmente, a dois mandatos sucessivos, limitação essa que não se faz presente no Parlamento. Assim, como não são incomuns as sucessivas reeleições de parlamentares, a aplicação da contagem do prazo a partir do fim do mandato não se revela eficiente, uma vez que, embora possa não se ter operado a prescrição, o fato ímprobo e as provas a ele ligadas podem ser muito antigos.²¹

Outro ponto, no que toca aos exercentes de função de confiança (inciso I), é o fato de serem eles investidos em um cargo em provimento efetivo. Nesse pensar, pelo fato de as atribuições

21 TRINDADE, 2011, p. 260.

compatíveis com o exercício da função de confiança não serem marcadas pela definitividade, surge a dúvida acerca da incidência do prazo: se o previsto no inciso I, referente a vínculo temporário, ou o previsto no inciso II, referente a vínculos, em tese, definitivos.

Por seu turno, no que tange aos prazos prescricionais, é de fácil constatação a celeuma causada pela diferença em relação aos critérios adotados. Enquanto no inciso I é fixado um prazo certo e determinado (cinco anos), no caso do inciso II há remissão à lei específica para faltas disciplinares. Ora, considerando a pluralidade de leis específicas que há no Brasil para os diversos entes, podem se apresentar prazos distintos a depender da região do País.²²

Imagine-se, por exemplo, um mesmo ato de improbidade administrativa praticado em concurso pelo prefeito e por um servidor efetivo de determinado município. Basta a lei específica desse ente contemplar prazos mais largos que estaria o servidor sob uma disciplina mais rigorosa, no tocante ao lapso prescricional, que a do próprio chefe do Poder Executivo.²³

De se notar que uma lei geral e central do porte e da importância da Lei de Improbidade Administrativa, ao fazer tal remissão, não fez a escolha mais adequada.

Nesse sentido, e diante desses breves apontamentos, é necessário que haja um aprimoramento, pela via legislativa, do trato da prescrição na Lei de Improbidade Administrativa, especialmente no que se refere aos incisos I e II do art. 23.

6 Conclusão

Do que foi visto, conclui-se que a Lei de Improbidade Administrativa trouxe grande avanço no combate às condutas ímprobadas entranhadas no seio da Administração Pública brasileira.

22 CARVALHO FILHO, 2016, p. 105.

23 TRINDADE, 2011, p. 258.

Não obstante, dúvida não há que a Lei n. 8.429/1992 possui disciplina insuficiente no que tange à prescrição para as ações de improbidade. Demonstrou-se, em suma, que há uma necessidade urgente de aprimoramento legislativo nesse ponto.

Por fim, cabe registrar que o tema escolhido possui não só importância acadêmica, mas, principalmente, relevância prática, notadamente para aqueles que atuam nos órgãos de persecução, como o Ministério Público. Contudo, enquanto a mudança normativa não se efetiva, o presente estudo trilhou o caminho de uma pequena parcela ao apontar essa necessidade.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DOBROWLSKI, Samantha Chantal (coord.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011.

GUARAGNI, Fábio André. A Lei de Improbidade Administrativa no contexto do controle da administração pública: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (org.). *Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. v. 1. p. 1-30.

LIMA, Paulo Ovídio dos Santos. Análise crítica da Lei de Improbidade Administrativa sob a perspectiva de sua efetividade. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (org.). *Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. v. 1. p. 273-292.

MATIAS, Flávio Pereira da Costa. Instituições financeiras oficiais e responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa. *Boletim*

Científico Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, ano 15, n. 47, p. 253-276, jan./jun. 2016.

NAPPI, Aniello. *Manuale di diritto penale*. Parte generali. Milano: Giuffrè, 2011.

NASSAR, Elody. *O tempo no direito*. Prescrição na administração pública. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NAVES, Nilson Vital. Prescrição e decadência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 4, p. 164-187, 1964.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, n. 235, p. 61-91, jan./mar. 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Honestidade administrativa*. Teoria da improbidade administrativa. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução da 6ª edição italiana por Paolo Capitanio. Atualização por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

SARMENTO, George. Aspectos da investigação dos atos de improbidade administrativa. *Revista do Ministério Público de Alagoas*, Maceió, n. 1, p. 91-116, jan./jun. 1999.

SARMENTO, George. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

TRINDADE, Reginaldo Pereira da. Considerações sobre a prescrição da ação de improbidade administrativa. *In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal* (coord.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011. p. 246-283.

A Administração Pública e o terceiro setor: reflexões sobre o chamamento público da Lei n. 13.019/2014¹

Carolina Penna Nocchi

Analista do Ministério Público da União/Direito. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Resumo: Tradicionalmente, admitia-se que a Administração Pública celebrasse negócios jurídicos com organizações não governamentais sem procedimento licitatório prévio, ofendendo os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência. A Lei n. 13.019/2014 estabeleceu o chamamento público para fins de celebração de termo de cooperação ou fomento entre o Estado e entidades particulares do terceiro setor. Por ser norma dotada de conceitos abertos, ela permite ao agente público formular instrumentos convocatórios ajustados à realidade do ente ao qual está vinculado e ao objeto contratado, superando o engessamento da Lei n. 8.666/1993. O chamamento público é importante procedimento para fins de moralização e incremento da eficiência das condutas da Administração Pública no âmbito de sua atuação em parceria com o terceiro setor. Caracteriza-se, portanto, como instrumento republicano, a ser valorizado pelos administradores e cidadãos e tutelado pelo Ministério Público.

Palavras-chave: Terceiro setor. Organizações da sociedade civil. Administração Pública. Licitação. Lei n. 13.019/2014. Chamamento público.

Abstract: Traditionally, it was admitted that the Public Administration could sign legal agreements with non-governmental organizations without previous bidding procedure, violating the principles of

1 Texto adaptado de artigo apresentado para fins de conclusão de Especialização em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) em 2016.

morality, impersonality and efficiency. Law 13.019/2014 established the public call for the purpose of signing a cooperation or promotion agreement between the Public Administration and private entities in the third sector. As it is a norm endowed with open concepts, it allows the public agent to formulate call notices adjusted to the reality of the entity to which he is linked and to the contracted object, overcoming the plastering of Law 8.666/1993. The public call is an important procedure to increase the efficiency of Public Administration. It is characterized, therefore, as a republican instrument, to be valued by administrators, citizens and Public Prosecution Service.

Keywords: Third sector. Non-governmental organizations. Public Administration. Bidding. Law 13.019/2014. Public call.

Sumário: 1 Introdução. 2 Serviço público. 3 Terceiro setor. 4 Cenário atual da regulação normativa do terceiro setor – Experiências e anseios que motivaram a edição da Lei n. 13.019/2014. 5 A relação do terceiro setor com Administração Pública – Aspecto contratual. 6 Conclusão – Problemas e potencialidades das novas regras para a celebração de parcerias entre as organizações da sociedade civil e o Poder Público.

1 Introdução

O Estado brasileiro se estruturou de forma a permitir que particulares assumam, diretamente, a responsabilidade pela execução de serviços e atividades essenciais à população, tais como saúde e educação. A atuação de tais entidades – o chamado terceiro setor – pode ocorrer independentemente do Estado ou com a sua colaboração, mediante fomento ou até mesmo subvenção.

No âmbito das relações do Estado com o terceiro setor, o dever de licitar sempre foi mitigado, permitindo-se que a Administração Pública celebrasse negócios jurídicos com as organizações não governamentais, inclusive na hipótese de repasse de verbas públicas sem procedimento licitatório prévio.²

2 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: uma proposta de releitura do seu regime jurídico à luz de sua natureza contratual*. 2011. 430 f. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

Em 2014, com a edição da Lei n. 13.019, esse quadro sofreu pequena perturbação, estabelecendo-se o processo de chamamento público para fins de celebração de termo de cooperação ou fomento entre o Estado e entidades particulares do terceiro setor.

O presente artigo tem por escopo entender a conformação atual do regime jurídico que orienta relações entre Estado, terceiro setor e prestação de serviços, destacando, nesse quadro, a importância do chamamento público para fins de concretização dos princípios do Direito Administrativo.

2 Serviço público

A Constituição de 1988 (CR/88), ao conferir especial relevo aos direitos sociais, atribuiu, igualmente, maior proeminência à prestação dos serviços públicos, dando-lhes feição mais democrática e menos assistencialista.

O serviço público é uma atividade típica do Estado, que pode ser conceituada como a utilidade material, de titularidade do Estado, com o escopo de satisfazer às necessidades sociais, prestada direta ou indiretamente pela Administração, sujeita a regime jurídico administrativo.³

Os princípios que regem esse serviço são o dever de prestação (por ser essencial à população), adaptabilidade, universalidade, impessoalidade, continuidade e a modicidade das tarifas.⁴

Esses bens e serviços a serem prestados pelo Estado são eleitos pelo legislador – inexistindo uma concepção ontológica de serviço público, sendo uma escolha meramente política –, que passa, então, a ser deles titular exclusivo, assumindo o dever de fornecê-los, sendo possível, no entanto, a delegação a particulares (ato que não retira a titularidade do Estado, ressalte-se).

3 DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 466.

4 DI PIETRO, 2008, p. 99-100.

Nesse sentido, dispõe o art. 175 da Constituição de 1988 que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Na Constituição de 1988, foram alçados à qualidade de serviço público de atribuição da União o serviço postal e o correio aéreo nacional; telecomunicações, radiodifusão sonora, e de sons e imagens; energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; portos marítimos, fluviais e lacustres (arts. 21, incisos X a XII, e 223). São de atribuição de todos os entes federados a saúde, assistência pública, proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; a promoção dos meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; a promoção de programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, incisos II, V e IX); a seguridade social (art. 194); a saúde (art. 196); a assistência social (art. 203); e a educação (arts. 205 e 208).

A transferência da execução de tais serviços, além de expressamente sinalizada para alguns deles (como telecomunicações, radiodifusão sonora, e de sons e imagens e energia elétrica), foi disciplinada pela Constituição, que previu a concessão e permissão (art. 21, incisos X e XII, e arts. 175 e 223), sempre precedida de licitação, tendo sido regulamentada pelas Leis n. 8.666/1993, n. 8.987/1995, n. 9.074/1995 e n. 11.079/2004.

Além dos serviços públicos propriamente ditos, há os que o constituinte optou, pela sua natureza, por atribuir a titularidade também aos particulares, que são os referentes à cultura, à saúde (até mesmo por uma questão econômica, diante da sua rentabilidade), à educação (pela necessidade de garantir-se a liberdade religiosa, prin-

cialmente) e à assistência social. Esses serviços estão elencados nos arts. 23, incisos II, V e IX, 194, 196, 203, 205 e 208 da CR/88.

Tais serviços extrapolam, portanto, o núcleo duro do conceito de serviço público, unicamente por não serem atribuições exclusivas do Estado, sendo nominados por Di Pietro como serviço público impróprio:

Assim é que o Estado, em vez de desempenhar, ele mesmo ou por meio de suas empresas, determinadas atividades comerciais, industriais ou financeiras, apenas incentiva ou auxilia o particular que queira fazê-lo; também no âmbito das atividades sociais, com ou sem fins lucrativos, como a cultura, a pesquisa, a educação, a assistência social, o Estado tem a opção de prestá-las como serviços públicos próprios ou de incentivar o particular como serviços públicos impróprios (ver item 8.4).

Já foi visto, por exemplo, em relação à saúde, que ela pode ser prestada pelo Estado como serviço público próprio, ou pelo particular, como serviço público impróprio. Quando prestada pelo particular, o Estado pode fomentar, pela outorga de auxílio ou subvenções, que se formaliza mediante convênio. O serviço prestado pelo particular não perde a natureza de serviço privado para transformar-se em serviço público; ele continua sendo prestado como serviço privado, porém sujeito ao controle e fiscalização do Poder Público, não só com base no poder de polícia que exerce normalmente sobre todas as atividades na área da saúde, mas também sobre a utilização dos recursos públicos, que deverá ser feita de acordo com as normas ajustadas no convênio.

O convênio não se presta à delegação de serviço público ao particular, porque essa delegação é incompatível com a própria natureza do ajuste; na delegação ocorre a transferência de atividade de uma pessoa para outra que não a possui; no convênio, pressupõe-se que as duas pessoas têm competências comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir seus objetivos.⁵

Os serviços públicos impróprios englobam prestações destinadas a atender ao interesse público não estatal, que é

⁵ DI PIETRO, 2008, p. 192-193.

todo interesse lícito tutelado por particulares, considerados individualmente, ou por organizações da sociedade civil. As ONGs atuam de forma complementar ao Estado, no intuito de concretizar os objetivos e interesses plurais consagrados pela Constituição da República de 1988.⁶

Importante que se ressalte que o termo “não estatal” serve para designar a qualidade de não ser um interesse exclusivo do Estado, o que não impede que seja eleito como um interesse seu. Magalhães esclarece que

a noção de interesse público não estatal, protegido pelo terceiro setor, nada mais é do que uma decisão (ou escolha) tomada na esfera privada que concebe um interesse como o mais importante a ser tutelado no caso concreto.⁷

Consequentemente, como tais serviços podem ser livremente fornecidos por particulares, nem sempre a sua prestação estará sujeita ao regime jurídico-administrativo – outra característica essencial do serviço público, que é, nesse caso, mitigada –, afigurando-se pertinente a terminologia adotada por Di Pietro de designá-los como serviços públicos impróprios.⁸ Essa particularidade esmaece os contornos entre a prestação pública e privada desses serviços, facilitando a fuga do regime jurídico-administrativo.

Ora, como não há falar-se em delegação propriamente dita ao particular pelo Estado, porém mais em fomento, quando o Poder Público atua nesse setor em colaboração com o particular, abre-se espaço para discutir-se se seria cogente a licitação prévia, para fins de escolha dos parceiros da Administração.

Se, para fins de delegação de serviço público próprio, é inegável a imprescindibilidade da realização do procedimento lici-

6 MAGALHÃES, 2011, p. 107.

7 MAGALHÃES, 2011, p. 109.

8 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

tatório – diante do disposto no art. 175 da CR/88 –, tal clareza legislativa não se faz presente nas hipóteses dos serviços públicos impróprios – dando ensejo aos questionamentos que orientaram a elaboração do presente estudo.

Com o escopo de aprofundar tal questão, importante a construção de um panorama do terceiro setor – grupo que, usualmente, executa esses serviços públicos impróprios.

3 Terceiro setor

A terminologia *terceiro setor* – de origem norte-americana, sendo difundido seu uso a partir dos anos 1970⁹ – não está presente em texto normativo brasileiro algum. No entanto, em trabalhos acadêmicos da área jurídica, a expressão vem sendo frequentemente utilizada para designar as pessoas jurídicas de direito privado que atuam, sem fins lucrativos, na persecução do interesse público não estatal – os serviços públicos impróprios.

Na Constituição da República de 1988, tais instituições são denominadas de modos diversos: como instituições sem fins lucrativos, de assistência social, entidades beneficentes de assistência social, filantrópicas, beneficentes e não governamentais (arts. 150, VI, c; 195, § 7º; 199, § 1º; 204, I; e 227, § 1º).

Diante da inexistência de termo legal preciso, adotar-se-á a expressão terceiro setor, por já ser, usualmente, utilizada pela academia. Enquanto o Estado seria o primeiro setor, e o mercado, o segundo, o terceiro setor abrangeria as instituições independentes criadas pela sociedade civil, com escopo de atender às expectativas não satisfeitas pelos dois primeiros.

Nesse sentido, Dias conceitua o terceiro setor como “conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, institucionalizadas e cons-

⁹ MAGALHÃES, 2011, p. 76.

tituídas conforme a lei civil, sem fins lucrativos, que perseguem finalidades de interesse público”.¹⁰

Magalhães complementa a definição anterior, ressaltando que “a noção de terceiro setor pressupõe sua autonomia em relação ao Estado e ao mercado, consistindo em manifestação desinteressada da sociedade civil”.¹¹

A diversidade de nomenclaturas reflete o longo período em que a matéria permaneceu sem sistematização legal mais apurada – com repercussões de ordem prática, como será demonstrado –, indicando, ainda, como o terceiro setor acaba se situando à margem da regulação administrativa, sendo visto, muitas vezes, como um ramo não profissional de ação da sociedade civil e do Estado. Mesmo hoje, depois da Lei n. 13.019/2014, não se pode falar que esteja total e adequadamente normatizada.

Atualmente, no Brasil, as entidades do terceiro setor podem se constituir na forma de associações, fundações e organizações religiosas (art. 44, incisos I, III e IV, do Código Civil de 2002) – já que não podem ter finalidade lucrativa, excluindo-se, assim, as figuras do art. 44, incisos II e VI –, havendo controvérsia se partidos políticos se enquadrariam no conceito (art. 44, inciso V), diante das restrições em colaborarem diretamente com o setor público.

E, constituindo-se por qualquer dessas figuras, a Constituição de 1988 lhes garante a proteção à sua autonomia privada e à livre iniciativa (arts. 1º, IV; 5º, XVII a XX; e 170).

No que se refere ao regime jurídico das instituições que integram o terceiro setor, há doutrinadores que defendem tratar-se de natureza híbrida,¹² por ser o regime jurídico de direito privado parcialmente derogado pelo público.

10 DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 114.

11 MAGALHÃES, 2011, p. 76.

12 DI PIETRO, 2008.

Contudo, como observa Magalhães,¹³ o vínculo das pessoas jurídicas de direito privado que integram o terceiro setor com o Poder Público ocorre de forma facultativa, sendo perfeitamente possível que executem seus objetivos estatutários autonomamente ou em colaboração com pessoas jurídicas de direito privado, hipóteses em que a natureza do regime permanecerá integralmente privada. E continua:

Não se pode dizer que há incidência do regime jurídico de direito público sobre as entidades do terceiro setor, mas sim imposição das normas jurídico-administrativas em decorrência de eventuais relações jurídicas celebradas com o Estado. Não se pode generalizar como características de todas as organizações não governamentais a incidência do regime jurídico-administrativo, de modo que tal peculiaridade só vai aparecer quando forem celebrados convênios administrativos entre a ONG e a Administração.¹⁴

O cuidado teórico em conceituar a natureza jurídica das entidades do terceiro setor, enfatizando ser ela privada, é importante para que se delimitem as possibilidades de intervenção do Poder Público no funcionamento de tais pessoas jurídicas, protegendo a autonomia privada conferida constitucionalmente.

No Brasil, o regime jurídico do terceiro setor foi estruturado em três fases.

Verifica-se, em um primeiro momento, até o final da década de 1980, certa autonomia do terceiro setor em relação aos demais (mercado e Estado); depois, no início dos anos 1990, o crescimento de empresas atuando também no terceiro setor, criando associações e fundações a ele ligadas para fins de aproveitamento do *marketing* social gerado por essas ações; e, por fim, o desempenho das atividades das organizações do terceiro setor por meio de vultosas contribuições do Estado, do final da década 1990 até os dias atuais.¹⁵

13 MAGALHÃES, 2011.

14 MAGALHÃES, 2011, p. 91.

15 MAGALHÃES, 2011, p. 112.

A Constituição de 1988, em sua redação original, regulamentou a contratação de particulares pelo Estado para fins de prestação de serviços públicos no art. 37, XXI, e no art. 175, parágrafo único, incisos I, II, III, IV.

Em junho de 1993, foi editada a norma que regulamentava o art. 37, XXI, instituindo regras para licitações e contratos da Administração Pública, a Lei n. 8.666, que, no que concerne ao tema ora tratado, previu no art. 2º que, quando a Administração contratasse de terceiros obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, necessariamente deveria ser realizada licitação prévia, com as ressalvas indicadas na própria lei.

No parágrafo único do art. 2º dessa lei, conceituou-se contrato como sendo

todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

No art. 116, foi estabelecido que, quanto aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração, as disposições da norma aplicam-se no que couber.

O texto constitucional também veio a estabelecer benefícios tributários às organizações do terceiro setor (arts. 150, VI, c, e 195, § 7º); a dar-lhes preferência na participação complementar do Sistema Único de Saúde (art. 199, § 1º); a admitir a participação de entidades não governamentais nos programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente promovidos pelo Estado (art. 227, § 1º); e, principalmente, a incluir como executor das ações governamentais na área da assistência social as entidades beneficentes e de assistência social (art. 204, inciso I).

Até a segunda fase, esses eram os principais dispositivos que regulamentavam o relacionamento da Administração Pública com o terceiro setor – dado que reflete a pouca importância que o seg-

mento ostentava na organização civil e estatal até aquele momento, sugerindo, contudo, a intenção de que viesse a adquirir maior protagonismo, notadamente na área de assistência social.

Esse quadro normativo espelha, outrossim, um modelo de Administração ainda muito centralizado, no qual o Estado assume a execução direta de muitas ações, e que começou a ser modificado em meados dos anos 1990, no contexto de reforma do Estado.

Em 1995, foi criada uma pasta específica para esse fim, o Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), encabeçado por Luiz Carlos Bresser Pereira. Elaborou-se, então, o Plano Diretor da Reforma do Estado, documento que continha diagnósticos e quadro teórico que “serviram de base para as propostas de Emenda Constitucional que o Poder Executivo apresentou ao Congresso Nacional para as reformas nas áreas administrativa e previdenciária [...]”.¹⁶

A intenção era empreender reformas para a instalação da administração pública gerencial, “baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão [...]”.¹⁷

Passou-se a ter como modelo de eficiência a descentralização e delegação (compreendida em sentido amplo), pelo Estado, de serviços essenciais que antes eram executados, de forma majoritária, diretamente por ele. O Poder Público adotou uma postura de valorização dos projetos das organizações não governamentais, subvencionando-os, para que, assim, o aparato estatal pudesse se dedicar a funções tipicamente suas (situadas, pelo Plano Diretor, no núcleo estratégico do Estado).¹⁸

16 BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. 1995. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: abr. 2021. p. 10-11.

17 BRASIL, 1995, p. 10.

18 BRASIL, 1995.

Sob essa nova ótica, foram editadas as Leis n. 9.637, de maio de 1998, e n. 9.790, de março de 1999, cujas temáticas, de disposições específicas, seguem respectivamente: “Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências”; e “Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências”.

Conquanto tenham estabelecido certos instrumentos de controle em relação às verbas recebidas por essas entidades e a qualidade dos serviços por elas executados, nenhuma das leis disciplinou, de forma específica, o processo de escolha das entidades beneficiadas pelos recursos públicos. Foram previstos tão somente procedimentos prévios para qualificação de pessoas jurídicas como Organizações Sociais (OS) ou como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP); e, no que tange às OSCIPS, previu-se, para a celebração do Termo de Parceria, prévia consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo (art. 10, § 1º, da Lei n. 9.790/1999).

Se antes o terceiro setor era fomentado por medidas indiretas, como benefícios fiscais, passou-se a promover o custeio, pelos instrumentos previstos na novel legislação (contrato de gestão e termo de parceria), da totalidade dos projetos das entidades – daí porque muitas organizações foram criadas nessa época, atraídas pela possibilidade de serem mantidas integralmente por recursos estatais.

Sobre o período, resume Magalhães que

a celebração de convênios administrativos com entidades privadas tornou-se uma importante via para a Administração Pública realizar as atividades sociais de sua competência, o que reforça a necessidade de serem observadas normas decorrentes do regime jurídico-administrativo.¹⁹

¹⁹ MAGALHÃES, 2011, p. 122.

Nesse momento, há uma mudança relevante de paradigma nas relações entre o Estado e o terceiro setor, observando-se uma maior aproximação que fez emergir as reflexões que ora se propõem, no que tange à observância do dever prévio de licitar.

Assim, se antes o que se via era a celebração de convênios para fins de colaboração, sem grandes repasses de verbas – de forma que eventual falta de controle de tais atos não gerava grandes repercussões aos cofres públicos –, as novas relações passaram a envolver serviços, projetos e valores muito mais vultosos, fazendo-se cogente um controle mais apurado da qualidade e eficiência do serviço prestado, de forma similar ao que se realizava no âmbito das concessões e delegações de serviço público.

Depois desse período, o terceiro setor só veio a ser disciplinado por novas regras com o advento da Lei n. 13.019, de julho de 2014, logo alterada pela Lei n. 13.204/2015.

Diferentemente das Leis n. 9.637/1998 e n. 9.790/1999, a Lei n. 13.019/2014 estabeleceu um processo para a eleição do parceiro da Administração, dispondo no art. 24 que,

exceto nas hipóteses previstas nesta Lei, a celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público voltado a selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto.

Apesar de ser menos rigoroso que o procedimento licitatório, nota-se um ganho enorme em termos de moralização e transparência da gestão dos recursos públicos.

O panorama normativo/histórico do terceiro setor ora traçado demonstra que, por razões variadas, a relação do terceiro setor com o Estado, na persecução dos interesses públicos não estatais, manteve-se à margem do direito administrativo, notadamente, no que se refere ao dever de licitar.

Tal compreensão vem sendo paulatinamente modificada ante a aproximação experimentada pelos dois setores nas últimas décadas, a adoção do conceito de Administração Pública gerencial e

o crescimento da necessidade de prestação dos serviços públicos impróprios – fatores que tornam cinzentos os limites entre uma atuação própria da iniciativa privada e a atuação estatal.

4 Cenário atual da regulação normativa do terceiro setor – Experiências e anseios que motivaram a edição da Lei n. 13.019/2014

Com o ingresso das Leis n. 9.637/1998 e n. 9.790/1999 no ordenamento jurídico, o aumento das organizações sociais destinadas à prestação de serviços públicos impróprios e a consolidação do modelo de administração gerencial, emergiu uma miríade de novas conjunturas envolvendo esses atores e o Estado.

Instaurou-se, assim, um amplo debate jurídico/doutrinário sobre o tema, discutindo-se o regime jurídico das instituições do terceiro setor, a natureza dos convênios, a forma de controle de sua atuação, o dever de licitar, entre outros.

Nesse contexto, as novas leis mostraram-se rapidamente insuficientes para promover a adequada regulação das ocorrências que se colocavam, perpetuando-se o velho cenário de insegurança jurídica do terceiro setor. Assinala Sousa que

o ponto crítico na evolução das parcerias com o terceiro setor é que a esmagadora maioria das entidades sequer possui titulação (OS ou OSCIP). Em verdade, verificou-se um cenário de baixa adesão das entidades sem fins lucrativos aos formatos de titulação previstos em lei e a conseqüente adoção do Convênio como forma prioritária de parceria adotada pelo Poder Público Federal.²⁰

As próprias entidades, por ocasião das eleições presidenciais de 2010, vieram a propor uma Plataforma por um Novo Marco Regulatório para as Organizações da Sociedade Civil, por meio da

²⁰ SOUSA, Otavio Augusto Venturini de. Parcerias com o terceiro setor no Brasil: evolução e aspectos críticos nos últimos 20 anos. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEPF*, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 151-161, set./dez. 2015.

qual seus integrantes “reivindicam uma política pública de fomento à participação cidadã por meio de organizações sociais autônomas.”²¹

O governo federal instituiu um Grupo de Trabalho para cuidar da matéria, o qual foi coordenado pela Secretaria-Geral da Presidência da República, contando com a participação da Casa Civil; Controladoria-Geral da União; Advocacia-Geral da União; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministério da Justiça; Ministério da Fazenda; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e quatro organizações da sociedade civil de representatividade nacional, indicadas pela Plataforma.

É interessante notar que o nascimento do diploma legal decorreu de iniciativa das próprias organizações integrantes do terceiro setor, verificando-se, ainda, que, depois da publicação da Lei n. 13.019/2014, a discussão permaneceu ativa para a elaboração de forma colaborativa da respectiva regulamentação infralegal.²²

E, de fato, as conclusões alcançadas nesse momento posterior vieram a fundamentar sugestões de modificações na Lei n. 13.019/2014, desaguando na edição da Lei n. 13.204, de 14 de dezembro de 2015, que modificou em pontos relevantes o regramento anterior.

A importância da Lei n. 13.019/2014 reside, principalmente, na circunstância de ter sistematizado, de forma abrangente, as relações do terceiro setor com o Estado – suprimindo a falta de uma norma nesse viés, que há muito vinha sendo reclamada pelas organizações da sociedade civil e pela própria doutrina especializada.

Nesse sentido, Guerra e Guerra sintetizam que

o denominado Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC) é uma agenda política ampla que tem o objetivo

21 ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL. *Plataforma*. Disponível em: <http://plataformaosc.org.br/plataforma/>. Acesso em: 6 jan. 2021.

22 BRASIL. Secretaria-Geral da Presidência da República. *Relatório de consulta pública*. Regulamentação Colaborativa. Lei n. 13.019/2014. Disponível em: http://www.participa.br/articles/public/0008/3550/Consulta_15dezembro.pdf. Acesso em: 6 jan. 2020. p. 21-22.

de aperfeiçoar o ambiente jurídico e institucional relacionado às entidades parceiras e suas relações com o Estado.²³

Sousa reforça ainda:

A finalidade do regime é superar a insegurança jurídica e a inadequação trazida pela utilização dos Convênios como instrumento de parceria, criando um arcabouço jurídico que favoreça as iniciativas da sociedade civil e reconheça sua autonomia e formas de organização. Mais do que isso, a lei visa conferir alguma identidade ao terceiro setor no sentido de torná-lo um verdadeiro instrumento da participação social enquanto método de governança pública.²⁴

As principais novidades trazidas pelo marco regulatório do setor são: a instituição do procedimento de manifestação de interesse social e do chamamento público; os instrumentos do termo de fomento, de colaboração e acordo de cooperação; a definição de regras mais claras para o repasse de valores e de prestação de contas; a possibilidade de atuação em rede; a previsão de responsabilidades e sanções administrativas contra os dirigentes da pessoa jurídica de direito privado; os procedimentos para contratação pelas próprias entidades; o controle dos resultados das parcerias.

Quanto ao chamamento público, o instituto foi expressamente definido no art. 2º, inciso XII, da lei em tela, como o procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento em que se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Observe-se que o dispositivo não faz menção aos acordos de cooperação – instrumento introduzido pela Lei n. 13.204/2015 destinado à formalização de parceria sem o repasse de verbas públicas.

23 GUERRA, Evandro Martins; GUERRA, Gabriela de Moura e Castro. *O novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 176, p. 48-53, out. 2015.

24 SOUSA, 2015, p. 158.

O chamamento, disciplinado pela Lei n. 13.019/2014 na Seção VIII (arts. 23 a 32) do Capítulo II, que trata da celebração do termo de colaboração ou de fomento, assemelha-se a um procedimento licitatório.

Com a Lei n. 13.019/2014, o regime genérico e subsidiário do art. 116 da Lei n. 8.666/1993 foi derogado, adotando-se um regime próprio. Como pontua Ribeiro, é

como se o legislador tivesse abandonado a fórmula “no que couber”, do art. 116 anteriormente apresentado, para agora definir um regime próprio não de “licitações e contratos administrativos”, mas de “chamamentos públicos e convênios administrativos”.²⁵

Segundo o art. 23, *caput* e parágrafo único, a Administração Pública deverá adotar procedimentos claros, objetivos e simplificados que orientem os interessados e facilitem o acesso direto aos seus órgãos e instâncias decisórias, independentemente da modalidade de parceria prevista nessa lei; e, sempre que possível, devem ser estabelecidos critérios de objetos, metas, custos e indicadores de avaliação de resultados.

Os arts. 24 a 32 tratam dos requisitos do edital, da necessidade de sua ampla divulgação, do julgamento das propostas e das hipóteses de inexigibilidade e dispensa – tudo de forma similar à Lei n. 8.666/1993, destacando-se, contudo, a previsão de inversão da etapa de habilitação (de forma semelhante à do pregão, Lei n. 10.520/2002).

Na Seção IX são definidos, ainda, requisitos para celebração de termos de fomento ou colaboração, e, na Seção X, as hipóteses de vedação.

Analisando os aspectos relevantes da Lei n. 13.019/2014, Oliveira assinala que a disciplina do chamamento público consoli-

25 RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório do terceiro setor e a disciplina das parcerias entre Organizações da Sociedade Civil e o Poder Público. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 95-110, jul./set. 2015.

dou tendência consagrada pela doutrina, legislação especial e decisões do TCU, a qual se orienta no sentido de que, ainda que não se exija licitação formal para convênios ou similares, é obrigatória a realização de um procedimento objetivo de escolha, como corolário do princípio constitucional da impessoalidade.²⁶

5 A relação do terceiro setor com a Administração Pública – Aspecto contratual

A doutrina administrativista, tradicionalmente, orienta-se no sentido de que não seria necessária, para a celebração de parceria entre a Administração Pública e instituições do terceiro setor, a realização do procedimento licitatório da Lei n. 8.666/1993. Entende-se, nesse sentido, que o Poder Público celebra convênio com o terceiro setor para a persecução do interesse público não estatal – e não contrato. Contrato e convênio seriam os instrumentos sensivelmente diferentes, uma vez que, no primeiro, os interesses das partes seriam contrapostos e, no segundo, completamente convergentes, sendo veículo de colaboração mútua, para um resultado comum, no qual os partícipes têm competências constitucionais comuns, não se cogitando de preço ou remuneração.

Essa particularidade impediria a existência de competição entre os sujeitos interessados em receber o auxílio do Estado – daí porque não seria o caso de licitação. Ademais, como as regras constitucionais que ditam o dever de licitar mencionam sua imprescindibilidade para os contratos (arts. 37, XXI, e 175), não se aplicariam, por consequência, tais regramentos aos convênios. Em resumo, é o que leciona Di Pietro:²⁷

Quanto à exigência de licitação, não se aplica aos convênios, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando

26 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O novo marco regulatório das parcerias entre a Administração e as organizações da sociedade civil: aspectos relevantes da Lei n. 13.019/2014. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 9-32, jul./set. 2014.

27 DI PIETRO, 2008, p. 322.

se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição.

Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666/93; no caput, é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a “estipulação de obrigações recíprocas” a que se refere o dispositivo.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1923, em abril de 2015,²⁸ abraçou tal orientação teórica, firmando:

A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.

Magalhães, por sua vez, defende posicionamento contrário, no sentido de que o convênio, segundo a teoria geral do negócio jurídico, ostentaria natureza contratual, constituindo espécie de contrato administrativo, sendo-lhe oponível, assim, o dever de licitar.²⁹

O autor relembra, primeiramente, o conceito de contrato, a saber, “o negócio jurídico constituído por duas ou mais partes que acordam quanto ao objeto, tendo por finalidade adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”; e afirma que

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923*. Rel. min. Ayres Britto, rel. p/ acórdão min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 16 abr. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 6 jan. 2021.

29 MAGALHÃES, 2011.

o instituto do convênio enquadra-se na definição de contrato aqui apresentada, haja vista que os convenientes constituem partes autônomas que assumem atribuições próprias no intuito de atender a um objetivo de interesse público pré-determinado. Na hipótese de descumprimento de qualquer das cláusulas do convênio (como dever do partícipe privado de prestar contas), o partícipe inadimplente poderá ser responsabilizado pela ofensa ao direito subjetivo da outra parte.³⁰

Depois, refutando a tradicional doutrina que afasta a natureza contratual dos convênios, Magalhães pontua, com amparo em Pontes de Miranda, que a contraposição de interesses não é requisito para a existência do contrato, negócio jurídico bilateral – afigurando-se, equivocadamente, portanto, distinguir os institutos com base nesse elemento. O que importaria, em verdade, seria a existência de interesses complementares das pessoas que manifestam suas vontades distintas.³¹

Ademais, conforme ainda o autor, diferentemente do que sustentam os autores tradicionais, os interesses e objetivos do Estado e das organizações da sociedade civil são distintos, agindo, cada qual, de acordo com seu interesse próprio. O objeto acordado entre as partes é que é semelhante:

[N]ão se pode confundir o intuito de cooperação das partes com a existência de interesses únicos. O convênio, tal como o contrato, é um acordo reflexivo, por meio do qual as partes complementam os seus interesses próprios na busca do objeto consensualmente definido.³²

Outra reflexão importante trazida pelo autor concerne à confusão entre a delegação e a licitação.

De fato, a Administração celebra contratos administrativos para fins de delegação de serviços públicos, mas também com outras finalidades – tal como para a aquisição de material para a

30 MAGALHÃES, 2011, p. 167-168.

31 MAGALHÃES, 2011, p. 167-168.

32 MAGALHÃES, 2011, p. 200.

consecução de suas atividades. Desse modo, conquanto o estabelecimento de uma relação entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil com a finalidade de prestação de um serviço não estatal não constitua hipótese de delegação de serviço público, não há óbice para que seja instrumentalizada por meio de contrato.

Por essas razões, expostas aqui de forma breve, a tese defendida por Magalhães parece ser mais pertinente, o que inspira reflexões sobre os motivos pelos quais doutrina e jurisprudência permanecem tão resistentes em acatá-la.

Cogita-se do entendimento de que os convênios não deteriam natureza contratual, sendo despicienda a realização de processo licitatório para sua celebração, primeiro, por tratar-se de um serviço público impróprio, de titularidade também dos particulares. Ainda nesse sentido, quando fornecidos em parceria, não restaria clara a distinção do que é público e do que é privado, dando ensejo à conclusão de que seria desnecessária a observância aos princípios da Administração.

Uma outra hipótese que se aventa é a circunstância de a designação de “convênios” estar classicamente relacionada às parcerias firmadas entre entes da federação, para fins de descentralização (art. 10, § 1º, *b*, do Decreto-Lei n. 200/1967) – para o que a licitação não é sequer cabível. Como o termo passou a ser usado também para parcerias tanto de entes federados entre si quanto destes com pessoas jurídicas de direito privado, a característica da ausência de licitação pode ter sido importada sem maior reflexão.³³

A resistência em admitir a natureza contratual dos convênios talvez se mantenha como um dos meios de fuga do regime jurídico-administrativo. A eleição da melhor pessoa para celebrar contrato com a Administração Pública, por meio da licitação, resulta em procedimentos burocráticos, dificultosos e lentos, de que o administrador tende a querer se esquivar.

33 DI PIETRO, 2002.

O modelo clássico de licitação vem sendo paulatinamente repensando, dando origem a processos específicos mais modernos, como o Regime Diferenciado de Contratações da Lei n. 12.462/2011.

Não obstante, ao mesmo tempo em que há uma resistência em reconhecer o dever prévio de licitação para a formação de convênios, percebe-se também certa preocupação do legislador em estabelecer algum grau de controle prévio e objetivo.

Exemplos disso são: o art. 23 do Decreto n. 3.100/1999, que, regulamentando a Lei n. 9.790/1999, previu que a escolha de OSCIP para a celebração do Termo de Parceria deverá ser feita por meio de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro; o art. 4º do Decreto n. 6.170/2007, que, dispendo sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, estabeleceu procedimento prévio de seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste; e, finalmente, a Lei n. 13.019/2014, com a previsão do chamamento público.

Na mesma linha, foi o assertivo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 1.923, na qual se questionava a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei n. 9.637/1998, ao afirmar, na ementa do julgado:

[I]mpõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).³⁴

A forçosa observância ao *caput* do art. 37 da CR/88 foi sobejamente destacada pelos ministros em seus respectivos votos, sugerindo a consolidação do posicionamento no sentido de ser cogente, para fins de celebração de convênios, a realização de um procedimento prévio de escolha que seja, ao menos, similar ao licitatório.

34 BRASIL, 2015.

Em resumo, o que se verifica atualmente é a convergência de tendências que seguiam em vias opostas.

O terceiro setor, de um lado, estava desprovido de normas acerca do processo de escolha, pelo Estado, da entidade privada parceira – deficiência que vem sendo suprida pela edição de normas de maior rigor técnico; as concessões e permissões de serviços públicos, por outro lado, vinham sendo pautadas em regras demasiadamente burocráticas e rígidas, observando-se, nesse caso, uma flexibilização legislativa que torna mais viável o efetivo controle buscado pelo procedimento licitatório.

6 Conclusão – Problemas e potencialidades das novas regras para a celebração de parcerias entre as organizações da sociedade civil e o Poder Público

O dever de realização da licitação integra o rol de princípios constitucionais da Administração Pública, concretizando outros princípios de índole igualmente constitucional, como a moralidade, impessoalidade e eficiência. A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa para o Poder Público (eficiência), garantindo a todos os cidadãos igualdade de participação (moralidade e impessoalidade). Neto, inclusive, propõe sua inclusão no campo dos direitos fundamentais.³⁵

Não obstante a inegável imprescindibilidade do referido procedimento para a atuação da Administração Pública, fica claro que precisam ser estruturados modelos mais condizentes com a realidade econômica e social dos atores envolvidos, sob pena de tão caro princípio não ser efetivado.

Nesse contexto, o chamamento público da Lei n. 13.019/2014 parece ter potencialidades.

35 NETO, Jayme Weingartner. Para a concretização de uma garantia institucional: licitação na concessão de serviços públicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 256-257.

Por ser uma norma dotada de conceitos abertos, estipulando um núcleo duro a ser atendido pelos administradores, permite-se que o agente público formule instrumentos convocatórios mais ajustados à realidade do ente ao qual está vinculado e ao objeto contratado.

Ademais, a previsão de monitoramento e avaliação do cumprimento do objeto da parceria, prevista no art. 58 da Lei n. 13.019/2014, possibilita um acompanhamento posterior pautado no cumprimento de metas, no impacto do benefício social obtido (art. 59, § 1º, inciso II) e na averiguação dos valores efetivamente transferidos pela Administração Pública (inciso III) – o que vem a complementar o controle que é previamente exercido por meio do chamamento público.

Além disso, a Lei n. 13.019/2014 fixa parâmetros mínimos para que se faça a escolha do melhor parceiro, para o alcance dos fins almejados pela Administração, com fulcro nos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, não permitindo ao administrador uma atuação desprovida da adequada motivação, ao prever, como especificações mínimas do edital: a programação orçamentária que autoriza e viabiliza a celebração da parceria; o objeto da parceria, as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas; as datas e os critérios de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos, se for o caso; as condições para interposição de recurso administrativo; a minuta do instrumento por meio do qual será celebrada a parceria; e, de acordo com as características do objeto da parceria, medidas de acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida e idosos (art. 24); e, ainda, a obrigação de ampla divulgação do instrumento convocatório pela internet, com antecedência mínima de 30 dias (art. 26).

Diante do histórico que se traçou nos itens anteriores, em que as parcerias do terceiro setor sempre foram colocadas à margem do dever de licitar, urge enfatizar a necessidade de que o chamamento público seja valorizado como instrumento republicano, tomando cuidado para que seu uso e aplicação não seja

demasiadamente relativizado, tanto pelos agentes públicos quanto pelo legislador e pelos órgãos de controle e fiscalização (como o Ministério Público).

Como ressaltado pelo ministro relator da ADI n. 1.923, Luiz Fux, sendo escassos os bens e recursos públicos,

o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado.³⁶

Isso, por si só, já viria a exigir que se realizasse um procedimento impessoal e objetivo, para fins de escolha do parceiro. Some-se, ademais, a circunstância de, na maioria das vezes, tais acordos envolverem a transferência de recursos e bens públicos à pessoa jurídica de direito privado, empregados para a consecução de um interesse público, situação que impõe a eleição do parceiro mais qualificado para tanto.

De qualquer forma, a manifestação do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 1.923 e a própria edição da Lei n. 13.019/2014, com a previsão do chamamento público e outros institutos, revelam que a compreensão acima mencionada vem mudando e indica que, hoje, é praticamente inaceitável defender-se a desnecessidade de previsão, como regra geral, de um processo objetivo de escolha da entidade do terceiro setor com a qual a Administração irá se relacionar transferindo bens ou recursos seus, seja por qual instrumento for (contrato de gestão, termo de fomento, de colaboração, convênio etc.).

O dever de licitar – compreendido em sentido amplo – exsurge, por qualquer ângulo que se analise, como instrumento hábil a concretizar os princípios republicanos, não se vislumbrando motivo para que, sob a ótica de um Estado Democrático de Direito, seja mitigado. Deve, por isso, ser valorizado pelos administradores, cidadãos e, principalmente, tutelado pelo Ministério Público.

³⁶ BRASIL, 2015.

Referências

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. 1995. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: abr. 2021.

BRASIL. Secretaria-Geral da Presidência da República. *Relatório de consulta pública*. Regulamentação Colaborativa. Lei 13.019/2014. Disponível em: http://www.participa.br/articles/public/0008/3550/Consulta_15dezembro.pdf. Acesso em: 6 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923*. Rel. min. Ayres Britto, rel. p/ acórdão min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 16 abr. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 6 jan. 2021.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Acordos administrativos: reflexões e apontamentos para a revisão da legislação dos contratos administrativos. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Federico Nunes de (coord.). *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Licitação e terceiro setor. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 128, p. 2540, ago. 2012.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GUERRA, Evandro Martins; GUERRA, Gabriela de Moura e Castro. O novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n. 176, p. 48-53, out. 2015.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: uma proposta de releitura do seu regime jurídico à luz de sua natureza contratual*. 2011. 430 f. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

MARTINS, Silvia Portes Rocha. Alterações relevantes promovidas pela Lei n. 13.204/2015 no Novo Marco Regulatório das Parcerias Voluntárias: Lei n. 13.019/2014. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 172, p. 71-83, abr. 2016.

NETO, Jayme Weingartner. Para a concretização de uma garantia institucional: licitação na concessão de serviços públicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito do terceiro setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 11-38, jan./jun. 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O novo marco regulatório das parcerias entre a Administração e as organizações da sociedade civil: aspectos relevantes da Lei n. 13.019/2014. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 9-32, jul./set. 2014.

ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL. *Plataforma*. Disponível em: <http://plataformaosc.org.br/plataforma/>. Acesso em: 6 jan. 2021.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório do terceiro setor e a disciplina das parcerias entre Organizações da Sociedade Civil e o Poder Público. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 95-110, jul./set. 2015.

SOUSA, Otavio Augusto Venturini de. Parcerias com o terceiro setor no Brasil: evolução e aspectos críticos nos últimos 20 anos. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 151-161, set./dez. 2015.

O procedimento promocional do Ministério Público do Trabalho (PROMO) como via eleita para a promoção do trabalho doméstico fronteiriço

Cristiane Moraes Almeida Pereira

Servidora do Ministério Público do Trabalho. Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Resumo: Este artigo pretende abordar a possibilidade de atuação do Ministério Público do Trabalho na promoção do trabalho doméstico fronteiriço por meio do Procedimento Promocional de Políticas Públicas (PROMO) em uma perspectiva estrutural. O texto parte de um caso prático para demonstrar que o PROMO estrutural pode ser considerado como via adequada para tratar de questões complexas. O principal objetivo é apresentar a ótica estrutural para atuação em procedimentos extrajudiciais.

Palavras-chave: Ministério Público do Trabalho. Extrajudicial. Estrutural.

Abstract: This article intends to address the possibility of action by the Public Ministry of Labor in promoting borderline domestic work through the Public Policy Promotion Procedure (PROMO) in a structural perspective. The text starts from a practical case to demonstrate that the structural PROMO can be considered as an adequate way to deal with complex issues. The main objective is to present the structural perspective to act in extrajudicial procedures.

Keywords: Public Ministry of Labor. Extrajudicial. Structural.

Sumário: 1 Introdução. 2 Trabalho doméstico fronteiriço. 3 Atuação extrajudicial do MPT – Caso concreto. 4 Do procedimento promocional estrutural. 5 Conclusão.

1 Introdução

A atuação extrajudicial do Ministério Público do Trabalho (MPT) é de grande relevância para a solução de demandas ou conflitos que envolvam questões trabalhistas na sua área de atuação. Essa atividade fora dos autos judiciais constitui o modelo resolutivo que confere ao membro do MPT maior liberdade na escolha das soluções alternativas por meio dos procedimentos e instrumentos disponíveis como instauração de inquérito civil, celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), expedição e requisições e outros.

Dentre os procedimentos disponíveis ao membro do Ministério Público do Trabalho, para fins de promoção de interesses cuja relevância justifique a atuação do *Parquet* Trabalhista, destaca-se o procedimento promocional. O PROMO, como é chamado o Procedimento Promocional de Políticas Públicas, representa a abertura de um outro leque de opções de atuação ministerial, além das previstas na Constituição Federal, na Lei Complementar n. 75/1993 e na Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

Diante da relevância do interesse sujeito ao PROMO, é possível que, por meio de uma atuação interdisciplinar, sejam promovidas ações conjuntas com órgãos e entidades que possuam relação e atribuição com o interesse público em questão. A celebração de convênios e parcerias para fins de instrução a respeito da proteção de direitos fundamentais é exemplo de opções de atividades a serem exercidas no bojo desse procedimento.

O fato de existir o PROMO no âmbito da esfera extrajudicial não obsta a atuação por outras formas, obviamente. A depender da demanda, pode ser necessário e recomendado o ajuizamento de ações coletivas, por exemplo. Pode ser também que o membro do MPT escolha outra via de solução extrajudicial como o procedimento preparatório ou o inquérito civil.

A escolha do membro do Ministério Público quanto à via de atuação em determinado caso depende bastante de uma visão ampla sobre ele, bem como de um planejamento do que se pretende com a instauração daquele procedimento.

O trabalho exercido pelas empregadas domésticas paraguaias no Brasil, especificamente na fronteira com o Paraguai, em Foz do Iguaçu-PR, é um exemplo de situação que exige a adoção de medidas estruturantes.

Por se tratar de questão complexa com relevante impacto social, por envolver trabalhadoras oriundas de outro país, que, porém, trabalham no Brasil e aqui sofrem as violações tanto trabalhistas como de direitos humanos, deve haver maior cuidado na escolha e na condução do procedimento eleito, a fim de evitar que o modelo utilizado fracasse.

Este estudo de caso tem como objeto, em síntese, demonstrar que a via do procedimento promocional pelo Ministério Público do Trabalho pode ser a modalidade na atuação extrajudicial mais adequada para a promoção de ações, inclusive pedagógicas, de proteção dos direitos fundamentais de trabalhadores fronteiriços, especialmente das empregadas domésticas paraguaias que trabalham no Brasil.

Inicialmente, será exposta a situação fática do trabalho doméstico que as empregadas paraguaias executam no Brasil, suas condições e implicações perante o ordenamento jurídico, o que supõe que uma atuação por parte do Ministério Público do Trabalho seja justificada.

Depois, será apresentado o caso em que o MPT atuou, por meio de outros procedimentos que não o promocional, a fim de coibir que violações de direitos humanos fossem praticadas contra as empregadas domésticas paraguaias que prestam serviço no Brasil, bem como o seu resultado.

Por fim, com base na noção de processo estrutural, avalia-se a via extrajudicial mais adequada à situação.

2 Trabalho doméstico fronteiriço

O panorama de uma fronteira é marcado pela mistura de identidades, muitas vezes constituindo uma nova característica, uma nova ordem, incomum nos próprios territórios a que pertencem as cidades fronteiriças.

Dessa forma, entendem Cardin e Albuquerque¹ que

[...] quem vive nessas cidades fronteiriças muitas vezes mora em um país e trabalha no outro, compra na cidade vizinha por um preço mais barato ou ainda busca serviços de saúde, educação e outros benefícios sociais do outro lado da fronteira, conforme a disponibilidade, acesso, preço ou qualidade desses serviços. Nesse sentido, os moradores da região fronteiriça desenvolvem toda uma economia transfronteiriça, graças às diferenças e às assimetrias presentes nesses territórios juridicamente descontínuos. Quem vive na fronteira vive também da fronteira e de suas múltiplas oportunidades de negócios, cidadanias múltiplas, benefícios sociais etc. Nessas cidades de fronteira há ainda outras mobilidades e deslocamentos: sejam os trânsitos diários de pessoas das cidades vizinhas pertencentes a um mesmo território nacional, sejam os processos de migração interno e internacional em direção a essas cidades fronteiriças como zonas de atração comercial e estatal, sejam os trânsitos de turistas, sacoleiros, traficantes, comerciantes em diferentes escalas de deslocamentos.

A realidade fática da tríplice fronteira localizada no oeste do Estado do Paraná composta por Brasil, Argentina e Paraguai não é diferente do relatado acima. É formada por muitas peculiaridades, sendo uma delas o deslocamento diário de mulheres paraguaias que prestam serviço doméstico em território brasileiro.

No Brasil, para onde essas mulheres migram diariamente, não há controle por parte do Estado para fins de verificação das condições de trabalho dos empregados de origem estrangeira que labo-ram em residências ou empresas. O tráfego de pessoas na Ponte da Amizade é quase livre, e o foco das autoridades consiste na fiscalização quanto a eventual existência de crimes como os de contra-bando e descaminho, bem como na arrecadação de impostos.

Paraguai (ratificação em 2012) e Brasil (ratificação em 2017) aderiram à Convenção n. 189 da Organização Internacional do

1 CARDIN, ERIC GUSTAVO; ALBUQUERQUE, JOSÉ LINDOMAR COELHO. Fronteiras e deslocamentos. *Revista Brasileira de Sociologia*, Porto Alegre, v. 6, n. 12, jan./abr. 2018, p. 120. Disponível em: <http://www.sbsociologia.com.br/rbsociologia/index.php/rbs/article/view/350/200>. Acesso em: 16 jan. 2021.

Trabalho (OIT), que versa sobre o trabalho decente para trabalhadoras e trabalhadores domésticos; no entanto, a realidade de muitos desses trabalhadores é bem diferente do que preceitua o mencionado dispositivo.

Naquele país, por exemplo, é permitido ao empregador doméstico pagar ao seu empregado um salário inferior ao mínimo. Assim estipula a Ley n. 5.407/Del Trabajo Doméstico,² que prevê em seu artigo 10 que o salário mínimo do empregado doméstico não será inferior a 60% do salário mínimo estipulado para outras atividades, ou seja, a discriminação laboral é estabelecida em lei.

No Paraguai existe ainda a figura do *criadazgo*, que, de acordo com o *Relatório da Comissão sobre Aplicação de Normas da Organização Internacional do Trabalho*, de 16 de junho de 2017,³ é uma prática de trabalho infantil na qual as crianças trabalham em troca de terem atendidas as suas necessidades básicas.

De acordo com o mencionado relatório, cerca de 47 mil crianças paraguaias, em sua maioria meninas, estão empregadas no sistema, representando em torno de 2,5% da população infantil e adolescente do Paraguai.

Em razão da precariedade do trabalho doméstico no Paraguai, bem como da proximidade com a fronteira do Brasil, muitos trabalhadores se deslocam daquele país para prestar serviços em território brasileiro. Ainda, de acordo com o informe da Organização Internacional do Trabalho denominado *Panorama Laboral 2019 – América Latina y el Caribe*,⁴ no ano de 2018 foi constatado que 17,2% das mulheres paraguaias têm como principal ocupação o trabalho doméstico.

2 REPÚBLICA DEL PARAGUAY. *Ley n. 5.407 del trabajo doméstico*. Disponível em: <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/4392/del-trabajo-domestico>. Acesso em: 5 jan. 2021.

3 O relatório diz respeito à 106^a reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em junho de 2017. A menção ao *criadazgo* ocorreu no item que tratou da informação e da discussão sobre a ratificação por parte do Paraguai da Convenção do Trabalho Forçado, ratificada por esse país em 1967.

4 O *Panorama Laboral 2019 da América Latina e do Caribe* contém uma síntese da evolução econômica dos países e da região e uma análise dos impactos registrados no

Diante do fato notório de grande quantidade de mulheres de origem paraguaia prestando serviço doméstico em Foz do Iguaçu, sem regularidade migratória ou registro em CTPS, e, ainda, em razão de “notícias” sobre a precariedade do trabalho realizado por essas mulheres nas residências particulares, inclusive envolvendo assédio moral e sexual, houve, entre os anos de 2011 e 2012, a intervenção do Ministério Público do Trabalho a fim de averiguar a observância da legislação trabalhista e a suposta prática de trabalho escravo a que seriam submetidas as empregadas domésticas paraguayas.

3 Atuação extrajudicial do MPT – Caso concreto

Entre os anos de 2011 e 2012, foram instaurados pela Procuradoria do Trabalho no Município de Foz do Iguaçu, *ex officio*, diversos procedimentos preparatórios de inquérito civil⁵ contra condomínios residenciais localizados na cidade, para apurar possível existência de trabalho escravo relacionado ao trabalho das empregadas domésticas paraguayas nas residências particulares.

Dentre as providências adotadas a partir da instauração, a exemplo do Procedimento Preparatório de Inquérito Civil PP

mercado de trabalho. No anexo estatístico da página 120 consta a informação sobre a evolução do trabalho doméstico no Paraguai desde o ano de 2012 até o ano de 2018, demonstrando que a ocupação nessa atividade tem aumentado em relação às mulheres que a exercem. Quanto ao trabalho doméstico realizado por homens, a média de 0,8% tem sido mantida (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Panorama Laboral 2019*. América Latina y el Caribe. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_732198.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021).

5 Angélica Cândido Nogara Slomp menciona 44 representações (notícias de fato) instauradas pela Procuradoria do Trabalho no Município de Foz do Iguaçu, que posteriormente foram convertidas em procedimento preparatório de inquérito civil contra condomínios residenciais a fim de apurar possível existência de trabalhadores em condição análoga à de escravo (SLOMP, Angélica Cândido Nogara. *A tutela juslaboral do migrante transfronteiriço sob a perspectiva dos direitos humanos*. 2014. 215 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014).

n. 000296.2011.09.006/0,⁶ instaurado contra um desses condomínios, foram expedidas notificações para a apresentação dos seguintes documentos, conforme consta nos autos:

a) Procuração com poderes específicos para celebrar Termo de Ajuste de Conduta; b) Cópia da ata de eleição do síndico e regimento interno do condomínio; c) Relação nominal atual de todos os condôminos (proprietário, locatário etc.); d) Relação nominal atual de todos empregados do condomínio, especificando a função, a data de admissão, o salário e a função desempenhada; e) Relação nominal atual de todos os empregados domésticos (brasileiros e estrangeiros) que exercem suas funções nas unidades condominiais, indicando a respectiva unidade residencial em que trabalham e informando a data do respectivo registro em CTPS e salário; f) Caso conste trabalhador estrangeiro na relação apresentada, deverá constar também cópia da respectiva CTPS, acompanhada de cópia do documento especial de identidade deste, bem como do CPF, nos termos da Portaria n. 1/1997 do Ministério do Trabalho e Emprego; g) Cópia do livro/documento de entrada e saída dos empregados dos condôminos relativa aos últimos 3 (três) meses.

Posteriormente, ainda tomando como base o PP n. 000296.2011.09.006/0 (considerando que os demais procedimentos tiveram andamentos semelhantes), foi expedida notificação de audiência para fins de assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta, o que foi aceito pela parte.

O TAC ofertado e aceito conteve as seguintes cláusulas:

1. A Síndica se compromete a convocar Assembleia entre os condôminos para, no prazo de 60 (sessenta) dias, decidirem sobre a adoção das seguintes medidas: a) Manter registro próprio de todos os empregados domésticos nacionais e estrangeiros nas unidades condominiais, sendo proibido o trabalho de empregados domésticos menores de 18 (dezoito) anos, consoante dispõe a Convenção n. 182 e Recomendação n. 190 da OIT – Organização Internacional

6 A consulta aos documentos deste procedimento pode ser realizada por meio do serviço de Peticionamento Eletrônico do MPT, acessível pelo link <http://www.prt9.mpt.mp.br/servicos/peticionamento-eletronico>, após efetuado pré-cadastro.

do Trabalho, devidamente ratificadas pelo Brasil; b) Elaborar formulário ou documento próprio para que cada condômino (proprietário/locatário/comodatário) informe a existência ou inexistência de empregados domésticos em suas unidades condominiais, fornecendo cópia da CTPS devidamente assinada de cada empregado e, no caso de empregado estrangeiro, cópia do documento especial de identidade do estrangeiro (RNE) e do CPF; 2. No prazo referido no item 1, deverão ser apresentados nestes autos os documentos comprobatórios da realização da respectiva assembleia; 3. **MULTA.** Pelo descumprimento da obrigação assumida no presente Termo, a síndica sujeitar-se-á ao pagamento de multa no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais). O valor da multa será atualizado pelos mesmos índices utilizados para a correção dos débitos trabalhistas, a contar da data de assinatura do presente Termo de Compromisso, revertendo o montante apurado ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) ou a entidades beneficentes sem fins lucrativos, nos termos do artigo 13 da Lei n. 7.347/85. As multas serão aplicadas sem prejuízo de outras penas legais e convencionais cabíveis à espécie; 4. A cobrança da multa não desobriga a síndica do cumprimento das obrigações contidas no Termo; 5. O presente Termo de Compromisso produz efeitos legais a partir da data de sua celebração e terá eficácia de título extrajudicial, conforme disposto no artigo 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85 e artigo 876 da CLT.

Tendo em vista a instauração dos procedimentos contra os condomínios residenciais, o Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação, Administração, Incorporação e Loteamentos de Imóveis e dos Edifícios em Condomínios Residenciais e Comerciais do Paraná (Secovi-PR) impetrou mandado de segurança, autuado sob o número 01798-2012-658-09-00-6 (numeração CNJ 0000636-38.2012.5.09.0658), contra os membros do Ministério Público do Trabalho – Procuradoria do Trabalho no Município de Foz do Iguaçu.

O pedido consistia em medida liminar para revogar as determinações constantes nas atas de audiências que foram realizadas nos procedimentos instaurados contra os condomínios residenciais.⁷

7 Os detalhes sobre o processo foram colhidos da dissertação de Angélica Cândido Nogara Slomp, que tratou do assunto de forma minuciosa em seu trabalho de conclusão do mestrado (SLOMP, 2014).

Na 2ª Vara do Trabalho, para onde o mandado foi distribuído, a segurança não foi concedida, tendo a magistrada decidido não haver direito líquido e certo do impetrante que amparasse o desejo do sindicato em ver cessada a atuação ministerial.

A juíza reconheceu ainda que a atuação do MPT pretendia coibir abusos na contratação de trabalhadores domésticos sem obediência aos mínimos direitos fundamentais e trabalhistas. Em sua conclusão, decidiu que conteúdos de Termos de Ajuste de Conduta não são tratados por meio de mandado de segurança, sendo a via inadequada.

Em recurso ordinário, porém, foi dado provimento para reformar a decisão de primeiro grau a fim de conceder a segurança. Entendeu o tribunal que houve ilegalidade do ato praticado pelos membros do Ministério Público do Trabalho, conforme trecho a seguir:

[...] No caso, verifica-se flagrante ilegalidade do ato comissivo, uma vez que a determinação de que os Condomínios Residenciais apresentem relação dos empregados domésticos que trabalham em cada unidade condominial, e nome dos respectivos empregadores domésticos (fl. 40), viola expressamente os termos do Código Civil Brasileiro, Lei 10.406/2002, que prevê, no parágrafo 1º, do artigo 1.331, que “As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários...”. Ainda, prevê o inciso I, do artigo 1.335, do CC, que “Art. 1.335. São direitos do condômino: I - usar, fruir e livremente dispor das suas unidades; [...]”.

A atuação, portanto, foi obstada por decisão judicial que entendeu ser ilegal a exigência de controle de entrada e saída de funcionários por parte do condomínio, já que este não se confunde com a figura dos condôminos, que poderiam, estes sim, constarem, individualmente, como investigados do MPT e, assim, serem cobrados quanto às obrigações em relação aos seus empregados.

Um outro entrave ao prosseguimento da investigação foi a garantia da inviolabilidade de domicílio. Em despacho fundamentado exarado anteriormente à notificação para comparecimento em audiência nos procedimentos instaurados, o membro oficiante nos autos ora discutidos motivou a atuação justificando não ser absoluto o direito à inviolabilidade de domicílio e não poder este ser utilizado para, de forma abusiva, acobertar ilícitos.

Contudo, em razão das requisições emitidas pelo MPT à Gerência Regional do Trabalho (GRTb) em Foz do Iguaçu para que fossem efetuadas inspeções *in loco* nas unidades residenciais a fim de verificar a ocorrência de trabalho irregular, foi realizada por parte da própria GRTb uma consulta encaminhada à Secretaria de Inspeção do Trabalho, e, na ocasião, foi emitida a Nota Técnica n. 75/2013/DMSC/SIT.⁸

A ementa da nota técnica possui o seguinte texto:

Requisição. MPT. Trabalho Doméstico. Fiscalização “in loco”. Impossibilidade. Conceito de estabelecimento (CLT) não equiparável ao de casa (Constituição Federal) para fins de livre acesso da Inspeção do Trabalho, que remanesce restrito ao primeiro. Impossibilidade de que a requisição ministerial seja equipada à determinação judicial.

A própria CLT também apresenta restrição quanto a sua aplicação em relação aos empregados domésticos, conforme alínea *a* do art. 7º, *in verbis*:

Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando for em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:

a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas; [...].

⁸ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Inspeção do Trabalho. *Nota Técnica n. 75/2013/DMSC/SIT*. Brasília: MTE, 2013.

Portanto, em razão da proteção constitucional ao domicílio (art. 5º, XI, CF),⁹ não é possível equiparar os estabelecimentos sujeitos à fiscalização trabalhista, nos termos do art. 630, § 3º, da CLT,¹⁰ àquele, ainda que haja relação de emprego no local.

Dentre os procedimentos instaurados, nos que foram firmados TACs, houve o arquivamento na unidade do MPT e os demais foram arquivados com a devida homologação pela Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho sob alguns fundamentos, dentre os quais se destaca o seguinte:

[...] Não foi requisitada fiscalização à GRTE, posto que estas não têm se mostrado úteis, ante a impossibilidade de os fiscais adentrarem às unidades condominiais sem determinação judicial e inexistir nos autos elementos suficientes para requerer-se tal medida judicial.

Não obstante tenha havido barreiras quanto à atuação do MPT diante de irregularidades praticadas contra as empregadas domésticas paraguaias, a atuação ministerial foi efetiva na medida em que debateu uma situação evidente e histórica de exploração do trabalho das empregadas domésticas paraguaias.

O debate, no entanto, ateu-se ao âmbito dos condomínios investigados, não atingindo a população de Foz do Iguaçu em geral. A questão da restrição da discussão é de grande relevância quando se considera que a discriminação quanto ao trabalho das empregadas domésticas paraguaias está presente na estrutura da sociedade da cidade fronteira brasileira.

⁹ “Art. 5º [...]”

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; [...].”

¹⁰ “Art. 630. [...]”

§ 3º O agente da inspeção terá livre acesso a todas dependências dos estabelecimentos sujeitos ao regime da legislação, sendo as empresas, por seus dirigentes ou prepostos, obrigados a prestar-lhes os esclarecimentos necessários ao desempenho de suas atribuições legais e a exibir-lhes, quando exigidos, quaisquer documentos que digam respeito ao fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.”

Nesse sentido, para além de uma atuação que exija apenas um enfoque pontual, é necessário que a atividade, em casos com tal complexidade, envolva outros atores sociais, como instituições governamentais ou não, universidades e sociedade, para a correção de irregularidades ou ilegalidades.

Além disso, justamente por a situação demandar amplo debate e sugerir a participação de outros temas que não se restrinjam apenas à esfera trabalhista, como, por exemplo, direitos humanos, migração, etc., a atuação por meio de procedimento promocional do Ministério Público do Trabalho se mostra mais adequada ao caso.

4 Do procedimento promocional estrutural

A ideia de processo estrutural traduz uma forma de tutela diferenciada¹¹ possuindo forte ligação com a de processo coletivo, e isso diz respeito à sua natureza de requerer a adoção de medidas com a finalidade de ajustar comportamentos futuros, mediante negociação, sem decisão ou imposição.¹² Quando se fala em políticas públicas, então, fica mais evidente a possibilidade de visões e interesses diversos que nem por isso serão opostos, podendo inclusive em dado momento convergirem em um fator comum.¹³

No âmbito do procedimento administrativo do Ministério Público, regulamentado por meio da Resolução n. 174/2017 do CNMP, há a possibilidade de se utilizar do conceito estrutural advindo do processo coletivo, sendo, nas palavras de Vitorelli,¹⁴

11 LIRA, Adriana Costa. *O processo coletivo estrutural*. Mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil. Coord. Gregório Assagra de Almeida. 1. reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. (Coleção Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça no Estado Constitucional de Direito em Crise). p. 43.

12 VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 61.

13 ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 225, 2013. p. 8 da versão eletrônica.

14 VITORELLI, 2020, p. 135.

“um excelente instrumento para produzir reformas estruturais pela via do consenso”.

No caso do Ministério Público do Trabalho, a atuação por meio de Procedimento Promocional de Políticas Públicas (PROMO), que possui o condão de realizar um acompanhamento contínuo de instituições ou políticas públicas, tem sido eficaz na identificação de entraves sociais e de desenvolvimento.

Apesar de não ser própria do Ministério Público a implementação ou formulação de políticas públicas, a participação social e a efetivação dos direitos fundamentais podem ser incluídas em seu papel de articulador e defensor da ordem jurídica.¹⁵

O procedimento promocional, no entanto, por si só, não oferece guarida para todo e qualquer tipo de atuação. A questão a ser perseguida pelo Ministério Público do Trabalho deve, antes, passar por uma análise de modo a gerar uma estratégia de atuação para se obter o fim pretendido.

A realização de um planejamento para verificar o que se pretende com a atuação é fundamental nos procedimentos administrativos que envolvam políticas públicas, justamente por possuir o membro do MPT a legitimação para a tutela coletiva, o que atrai maior responsabilidade ao conduzir o interesse alheio.

Assim, o procedimento promocional estrutural se apresenta como instrumento para a tutela de conflitos ou demandas extrajudiciais no âmbito do Ministério Público do Trabalho, envolvendo a participação de outros integrantes da sociedade, órgãos públicos ou pessoas especializadas no assunto técnico discutido. Essa atuação facilita o entendimento do membro do MPT no sentido de

15 COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O Ministério Público e as políticas públicas definindo a agenda ou implementando as soluções? *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, jun. 2013. p. 376. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/inclusaooutros/aa_doutrina/O%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20e%20as%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas-%20definindo%20a%20agenda%20ou%20implementando%20as%20solu%C3%A7%C3%B5es..pdf. Acesso em: 5 dez. 2020.

reduzir a inércia burocrática e política e, de fato, permitindo que as transformações pretendidas ocorram.¹⁶

Em artigo publicado na página *Jota.info* no ano de 2019, Alberto Bastos Balazeiro,¹⁷ atual procurador-geral do Trabalho, defendeu a atuação dos membros do Ministério Público do Trabalho de forma planejada como prioridade institucional. Nesse sentido, esclareceu que: “A instituição deverá atuar como fiscal de estruturas, não de ilícitos pontuais, devendo-se fazer um intercâmbio, paulatino, de uma atuação reativa [...]”.

Vitorelli¹⁸ entende que a resolução do litígio estrutural não ocorre dentro da lógica lícito-ilícito, e sim no funcionamento de uma estrutura na sociedade, quais suas consequências e o que se pretende modificar.

Sobre o conceito de litígio estrutural, o referido autor afirma:¹⁹

Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro.

Portanto, no caso apresentado neste estudo, a atuação por meio de um procedimento promocional estrutural voltado a realizar, por exemplo, ações educativas que contribuam para a integração das empregadas domésticas paraguaias à sociedade de Foz do Iguaçu,

16 VITORELLI, 2020, p. 136.

17 BALAZEIRO, Alberto Bastos; BRITO, Maurício Ferreira. A atuação pós-reformista do Ministério Público do Trabalho. *Jota.info*, [s. l.], 1º ago. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/a-atuacao-pos-reformista-do-ministerio-publico-do-trabalho-01082019>. Acesso em: 16 jan. 2021.

18 VITORELLI, 2020, p. 133.

19 VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 284, 2018. p. 6-7 da versão eletrônica.

com obediência aos direitos fundamentais que lhes são garantidos, além da igualdade jurídica da legislação trabalhista brasileira, poderia se revelar a mais interessante.

O planejamento inicial do PROMO estrutural deve abranger etapas que se desenvolvam desde a identificação do problema ou da situação a ser conduzida até o encerramento do caso (se for bem-sucedida a implementação do plano) ou a reelaboração do que foi planejado, considerando as mudanças ocorridas ou os entraves para a realização do trabalho.

Na obra *Processo civil estrutural: teoria e prática*, Vitorelli²⁰ apresenta ciclos, com suas respectivas etapas, como forma de exemplificar como pode ser subdividido o problema relativo à realização de reforma estrutural pela via jurisdicional.

No entanto, as etapas que se seguirão de forma adaptada a esse trabalho podem ser aplicadas também ao procedimento administrativo estrutural, como o PROMO estrutural.

A divisão apresentada compreende cinco ciclos, sendo o primeiro referente à classificação do litígio, contendo as etapas de identificação das características do problema e dos atores relevantes para o tratamento do problema, além do estabelecimento de medidas de diálogo e da elaboração do diagrama do perfil do litígio coletivo.

O segundo ciclo se refere à definição de uma estratégia de condução da reforma estrutural, definindo se a atuação ocorrerá por meio de técnicas extraprocessuais, com um procedimento extrajudicial, ou por meio de técnicas processuais, com o ajuizamento de ação.

Os ciclos três e quatro tratam da elaboração e da implementação de um plano de reestruturação da instituição, que compreendem etapas de cooperação com outros agentes envolvidos na estrutura e na sociedade, definição de metas de curto, médio e longo prazo, acompanhamento das medidas de reestruturação e adoção de estratégias de diálogo periódico com a sociedade.

²⁰ VITORELLI, 2020, p. 482-483.

Por fim, o quinto e último ciclo sugere a reelaboração ou o encerramento do caso. Em suas etapas verificar-se-á se os dados da implementação do plano indicam a solução do problema ou a necessidade de revisão do plano. Se solucionado o problema, encerra-se a atividade. Se não solucionado, reinicia-se o trabalho a partir do primeiro ciclo, definindo novamente as características do litígio, com as alterações devidas.

Tomando como base os ciclos apresentados, o PROMO estrutural que trate da questão de eventuais abusos cometidos contra as empregadas domésticas paraguaias que trabalham no Brasil deverá contemplar a seguinte estratégia: a) identificação dos gestores dos órgãos públicos e da sociedade civil responsáveis pelo problema (tendo em vista que o problema já foi identificado antes); b) estabelecimento de formas de condução de reuniões com os atores acima mencionados; c) instauração de procedimento promocional de políticas públicas que tenha como finalidade a reforma estrutural para fins de integração das empregadas domésticas paraguaias na sociedade brasileira com os direitos a elas inerentes; d) agendamento de reunião com os agentes identificados no *item a*, a fim de firmar um plano que norteie as metas futuras – em razão da necessidade de instrução da população, sugere-se sejam fabricados materiais didáticos voltados à conscientização da população quanto aos direitos do trabalhador fronteiriço, em especial das empregadas domésticas paraguaias, bem como instruções para realização de denúncias, inclusive com participação da imprensa; e) definição de metas de curto, médio e longo prazo, devendo abranger reuniões periódicas e capacitações, se necessárias, do grupo formado no *item a*, e que, dentre as metas, sejam estabelecidos protocolos de orientação quanto à realização de denúncias que envolvam violações aos direitos humanos, conforme instruções contidas no material elaborado no item anterior; compromisso de prestar as informações relacionadas à situação, recebidas mensalmente, ao MPT; f) acompanhamento das medidas implementadas com a consulta periódica aos agentes do *item a*, ou com o recebimento das informações prestadas pelos atores envolvidos; e g) adoção de medidas consensuais, quando a situação permitir, ou judiciais, quando necessárias,

inclusive com a participação de outros órgãos públicos, como o ajuizamento de ações conjuntas.

A principal proposta do procedimento no caso apresentado neste artigo deve ser a abertura de diálogo com outros órgãos ou entidades que sejam envolvidos com o fato ou responsáveis pela resolução das questões que estejam travando o desenvolvimento e a transmissão da informação à população, que, por possuir em sua estrutura a ideia errônea quanto aos direitos das empregadas domésticas paraguaias, acaba por praticar irregularidades ou permitir que sejam praticadas.

5 Conclusão

A atuação extrajudicial do Ministério Público do Trabalho, por meio do procedimento promocional de políticas públicas, revela uma abordagem que se institui para além do trabalho formal, adentrando nos interesses públicos de forma dinâmica e confirmando o papel do MPT como órgão social, efetivamente participativo na sociedade.

Na atuação do MPT, o procedimento promocional de políticas públicas permite uma atividade mais articulada, que possa envolver outros órgãos, instituições e pessoas relacionados com a temática discutida, principalmente em questões complexas que fogem à lógica do lícito-ilícito.

Quando se permite, então, que um modelo estrutural de atuação seja aplicado ao PROMO, essa sistemática se potencializa para promover políticas públicas de modo planejado com efeitos duradouros, já que o planejamento, a qualquer tempo, pode ser adequado a novas situações, permitindo, assim, a atuação contínua.

O caso complexo do trabalho doméstico realizado pelas paraguaias no Brasil, por envolver diversas temáticas que vão desde direitos humanos até a formalidade da regularização de sua situação no País, demanda esse tipo de atuação flexível, articulada e próxima da sociedade.

Conclui-se, portanto, que o procedimento promocional de políticas públicas, sob a ótica estrutural, constitui a forma mais completa de atuação do Ministério Público do Trabalho no combate às violações que impeçam o livre e justo trabalho doméstico fronteiriço no Brasil.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 225, 2013.

BALAZEIRO, Alberto Bastos; BRITO, Maurício Ferreira. A atuação pós-reformista do Ministério Público do Trabalho. *Jota.info*, [s. l.], 1º ago. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/a-atuacao-pos-reformista-do-ministerio-publico-do-trabalho-01082019>. Acesso em: 16 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n. 174, de 4 de julho de 2017*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-174-1.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Inspeção do Trabalho. *Nota Técnica n. 75/2013/DMSC/SIT*. Brasília: MTE, 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. *Recurso Ordinário n. 0000636-38.2012.5.09.0658*. Recorrente: Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação, Administração, Incorporação e Loteamentos de Imóveis e dos Edifícios em Condomínios Residenciais e Comerciais do Paraná (Secovi-PR). Recorrido: Ministério Público do Trabalho. Relatora: Desembargadora Neide Alves dos Santos. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/pesquisaprocessual/processo/exibirProcesso.xhtml>. Acesso em: 26 nov. 2020.

CARDIN, Eric Gustavo; ALBUQUERQUE, José Lindomar Coelho. Fronteiras e deslocamentos. *Revista Brasileira de Sociologia*, Porto Alegre, v. 6, n. 12,

p. 114-131, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://www.sbsociologia.com.br/rbsociologia/index.php/rbs/article/view/350/200>. Acesso em: 16 jan. 2021.

COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O Ministério Público e as políticas públicas definindo a agenda ou implementando as soluções? *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 373-394, jun. 2013. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/inclusaoou_tros/aa_doutrina/O%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20e%20as%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas-%20definindo%20a%20agenda%20ou%20implementando%20as%20solu%C3%A7%C3%B5es..pdf. Acesso em: 5 dez. 2020.

DIVER, Colin S. The judge as political powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 65, n. 1, p. 43-106, 1979. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/pdf/1072646.pdf?seq=6#page_thumbnails_tab_contents. Acesso em: 4 dez. 2020.

LIRA, Adriana Costa. *O processo coletivo estrutural*. Mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil. Coord. Gregório Assagra de Almeida. 1. reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. (Coleção Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça no Estado Constitucional de Direito em Crise).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Aplicación de Normas – Segunda parte*. Conferencia Internacional Del Trabajo. 106ª Reunión, Ginebra, junio de 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_558660.pdf. Acesso em: 21 nov. 2020.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Panorama Laboral 2019*. América Latina y el Caribe. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_732198.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.

REPÚBLICA DEL PARAGUAY. *Ley n. 5.407 del trabajo doméstico*. Disponível em: <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/4392/del-trabajo-domestico>. Acesso em: 5 jan. 2021.

SLOMP, Angélica Cândido Nogara. *A tutela juslaboral do migrante transfronteiriço sob a perspectiva dos direitos humanos*. 2014. 215 f. Dissertação (Mestrado)

– Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

VILLELA, Fábio Goulart. As formas de atuação do Ministério Público do Trabalho no regime democrático. *Revista Consultor Jurídico*, [s. l.], 21 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-21/fabio-villela-formas-atuacao-ministerio-publico-trabalho>. Acesso em: 3 nov. 2020.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 284, p. 333-369, 2018.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020.

História das políticas baseadas em “identidade de gênero” no Brasil e no mundo

Eugenia Rodrigues

Jornalista. Graduada em Direito e em Comunicação Social (habilitação Jornalismo) pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

“Liberdade é poder dizer a verdade.”

(George Orwell)

Resumo: Nos últimos anos, o direito à “identidade de gênero” e as políticas nele baseadas foram implementados no Brasil. Algumas dessas políticas decorreram de decisões judiciais, como exemplifica a ADI n. 4.275,¹ outras se originaram de associações de classe, como as Resoluções n. 1/2018, do Conselho Federal de Psicologia, e n. 2.265/2019, do Conselho Federal de Medicina.² Este artigo visa resgatar a história dessas políticas, frequentemente confundidas com as de outros direitos, o que é útil para uma futura e mais profunda análise sobre colisões de direito.

Palavras-chave: Identidade de gênero. Gênero. Transexualidade. Colisão de direitos. Saúde.

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo. *Notícias STF*, Brasília, 1º mar. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: 13 jan. 2021.

2 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 2.265/2018, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM n. 1.955/2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.265-de-20-de-setembro-de-2019-237203294>. Acesso em: 19 out. 2020.

Abstract: In recent years, Brazil implemented policies based on the right to “gender identity”. Some of these policies are from juridical decisions, like ADI 4275; some others, from class associations, as Resolution 1/2018, by Federal Council of Psychology, and 2.265/19, by Federal Council of Medicine. This article rescues the history of these policies, often confused with some others; this can be useful for future analysis of rights collision.

Keywords: Gender Identity. Gender. Transexuality. Rights collision. Health.

Sumário: 1 Breve histórico das políticas de “identidade de gênero” no Brasil e no mundo e seus desdobramentos. 2 O direito à identidade de gênero *vs.* outros direitos. 3 Considerações finais.

1 Breve histórico das políticas de “identidade de gênero” no Brasil e no mundo e seus desdobramentos

Pessoas com comportamentos, gostos e preferências fora do padrão, provavelmente, sempre existiram ao longo da história. E, certamente, uma pequena parcela, devido a esse ou outros fatores, experimentou sofrimento extremo com seus corpos e (ou) o profundo desejo de pertencer ao sexo oposto. A partir do momento em que médicos começaram a oferecer serviços de modificação corporal decorrentes de descobertas científicas ocorridas entre a segunda metade do século XIX e o início do século XX, a medicina europeia e estadunidense começou a classificar esses indivíduos como portadores de um transtorno que já recebeu nomes como “transexualismo”, “transtorno de identidade de gênero”, “disforia de gênero” e, mais recentemente, “incongruência de gênero”. Como a própria palavra “transtorno” sugeria, estes indivíduos padeceriam de um sofrimento psíquico/psiquiátrico (poderiam se ver, por exemplo, como “mulheres presas em corpos de homens”) que supostamente poderia ser minimizado e (ou) curado com hormônios artificiais e cirurgias que emulam algumas carac-

terísticas físicas do sexo oposto.³ Com a criação do diagnóstico de “transexualismo”, estava criada também uma nova categoria de paciente, o “transexual” (iatrogênica?⁴).

A história da evolução de tais modificações corporais tem como um de seus marcos mais conhecidos o caso do pintor Einar Wegener, que assumiria o nome de Lili Elbe e inspiraria o filme *A garota dinamarquesa*, de 2016; as cirurgias levariam à sua morte em 1931. Mas foi na década de 1950, a partir do sucesso midiático da operação realizada em Christine Jorgensen (1926–1989) nos Estados Unidos, que seria estabelecido um nicho de mercado dentro de paradigmas estabelecidos por profissionais como o endocrinologista germano-americano Harry Benjamin (1885–1986) e o psicólogo neozelandês radicado nos Estados Unidos John Money (1921–2006).⁵ Exigir-se-ia a alteração dos documentos civis dos pacientes; assim, o “transexual”, além de uma criação médica, obteria reconhecimento jurídico. Claro estava que se tratava, tão somente, de uma *ficção médico-jurídica*; é reconhecido o fato de que o sexo biológico, enquanto característica genética, é imutável e que, portanto, homens não podem ser transformados em mulheres e vice-versa. Esperava-se da sociedade apenas, *na medida do possível*, uma “suspensão da descrença” diante dos pacientes diagnosticados com o chamado “transtorno de identidade de gênero” e não a redefinição do que eram.⁶

3 Cf. JEFFREYS, Sheila. *Gender hurts: a feminist analysis of the politics of transgenderism*. Londres: Routledge, 2014. s.p. e RAYMOND, Janice. *The transsexual empire: the making of the she-male*. 2. ed. Nova Iorque: Teachers College Press, 1994.

4 “*The development of these medical specialisms was so important to the construction of transgenderism that the historian of sexuality, Vern Bullough, comments that he ‘once presented a paper’, in 1973, suggesting that transsexualism might be ‘iatrogenic’, that is a health problem created by medicine itself. It might exist, he says, ‘simply because surgeons could now do sex changes not possible before’ (Bullough, 2006: 4)*” (JEFFREYS, 2014, s.p.).

5 Money foi um dos responsáveis por cunhar a hipótese de “identidade de gênero” e pelo estabelecimento da clínica de “identidade de gênero” John Hopkins. Ele também foi responsável pela famosa experiência com os irmãos Reimer, contada no livro *As nature made him: the boy who was raised as a girl*, do jornalista John Colapinto.

6 DAHLEN, Sara. De-sexing the medical record? An examination of sex versus gender identity in the General Medical Council’s Trans Healthcare Ethical Advice. *The New*

Porém, com o tempo, os direitos que decorriam do diagnóstico seriam progressivamente ampliados sem maiores indagações, debates ou ressalvas. A partir dos “Princípios de Yogyakarta”, em 2006, diversos países rapidamente reconheceram o direito à “identidade de gênero” (e não mais o “transtorno de identidade de gênero”) e implementaram políticas nele baseadas. Autodenominados “Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero”, revelam uma mimetização do direito à orientação sexual. E, ao contrário do que alguns propagandeiam, os “Princípios de Yogyakarta” não são um tratado internacional de Direitos Humanos, não foram assinados pelos Estados, não passaram pelas formalidades previstas em regras internacionais e não são vinculantes, sendo apenas uma carta produzida após uma reunião de especialistas realizada em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006.⁷ A “definição” de “identidade de gênero” dos “Princípios” seria propagandeada maciçamente dali em diante por organizações “LGBTTTQIA+” com pouca ou nenhuma alteração:

Compreendemos identidade de gênero como sendo experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, profundamente sentida, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.⁸

Bioethics, Londres, v. 26, n. 1, fev. 2020. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/20502877.2020.1720429>. Acesso em: 14 jan. 2021.

7 A carta foi liderada pelos advogados Martine Rothblatt, Phyllis Frie, Stephen Whittle e Christine Burns, entre outros. “Estes quatro advogados, todos transexuais, foram os principais geradores do projeto de desconstruir ‘sexo’ na lei em escala global e substituí-lo por uma ideia subjetiva e ambígua de como as pessoas se sentem a respeito de seus corpos – suas autopercebidas ‘identidades de gênero’. Desses quatro, Martine Rothblatt tem sido o jogador chave nesse processo de desconstrução”. Disponível em: <https://uncommongroundmedia.com/martine-rothblatt-a-founding-father-of-the-transgender-empire/>. Acesso em: 14 jan. 2021.

8 OBSERVATÓRIO DE SEXUALIDADE E POLÍTICA. *Princípios de Yogyakarta*: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à

Depreende-se dessa “definição” que: a) “identidade de gênero”, ao contrário do sexo biológico, é meramente uma ideia, uma hipótese, algo inteiramente subjetivo e cuja existência é impossível de ser comprovada; b) é impossível confirmar se um indivíduo experimental ou não uma “identidade de gênero” do sexo oposto (sendo certo que ele não sabe como é ser alguém do sexo oposto, já que não é e jamais será), o que facilita atos reprováveis;⁹ c) ao contrário dos outros direitos aos quais esses indivíduos se associam e que pressupõem o reconhecimento do sexo biológico (direito à orientação sexual, direitos de meninas e mulheres etc.) ou não flexibilizam essa característica (como direito à vida, educação, moradia etc.), a ideia de “identidade de gênero” nega a diferença sexual e das experiências fisiológicas, sociais e históricas únicas de cada um deles; d) permite definições circulares (“identidade de gênero é como alguém vivencia individualmente o seu gênero”, “mulher é toda pessoa que busca o reconhecimento como mulher”), metafísicas (“experiência interna”) e (ou) recaem em estereótipos ultrapassados (brinquedos, vestuários etc.).

Mesmo com essas inconsistências, a “identidade de gênero” seria rapidamente reconhecida em diversos países, e a categoria médica do “transsexual” seria usada de maneira intercambiada ou substituída pela categoria ideológica “transgênero”, continuamente mimetizando-se também no direito à orientação sexual; assim, a ideia passou *under the radar* (“sob o radar”).¹⁰ A mime-

orientação sexual e identidade de gênero. Tradução de Jones de Freitas. Julho de 2007. p. 7. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

9 Cf. BBC. O caso do estupro que se declarou transgênero, foi preso com mulheres e abusou delas. *BBC News Brasil*, 11 set. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45482538>. Acesso em: 14 jan. 2021.

10 A metáfora, que alude a um avião que voa baixo para não ser percebido pelo radar, consta no manual de *lobby Only adults? Good practices in legal gender recognition for youth* (“Só adultos? Boas práticas para o reconhecimento legal de gênero para a juventude”), elaborado pela organização LGBTTTQIA+ internacional IGLYO em conjunto com a Fundação Thomas Reuters (da famosa agência internacional de notícias Reuters) e o escritório de advocacia Dentons, um dos maiores do mundo. O

tização funcionou, em primeiro lugar, porque muitos dos que exigiam ser reconhecidos como alguém do sexo oposto (fossem eles pacientes médicos ou apenas *crossdressers*, *transvestites*, travestis etc.) eram gays ou lésbicas; já havia uma proximidade natural e social entre estes grupos, institucionalizada com as demandas relativas à epidemia do HIV nos anos 1980 e 1990. Em segundo lugar, na virada para o século XXI, boa parte dos países do norte global já havia reconhecido o direito à orientação sexual através de alterações jurídicas e médicas como a descriminalização das relações entre pessoas do mesmo sexo e a despatologização da homossexualidade. O que era conhecido como “movimento homossexual”, “movimento gay” (e, mais informalmente, no Brasil, “GLS”) se tornou o que seria conhecido como “ativismo LGBT”,¹¹ “LGBTQIA+” e, ao longo do tempo, grupos como

guia ensina: “A lição mais importante da experiência irlandesa é provavelmente que os ativistas trans conseguirão *passar as legislações ‘sob o radar’* mais estrategicamente se amarrarem as leis de direitos trans em reformas legais mais populares (por exemplo, o casamento igualitário) em vez de usar abordagens mais combativas e públicas” (DENTONS LLP. *Only adults? Good practices in legal gender recognition for youth*. IGLYO e Fundação Thompson Reuters, nov. 2019, p. 55, trad. livre, grifo nosso). Disponível em: https://www.iglyo.com/wp-content/uploads/2019/11/IGLYO_v3-1.pdf. Acesso em: 13 jan. 2021.

- 11 A luta pelo direito à orientação sexual e contra as discriminações com base na orientação sexual (homofobia e lesbofobia) agregaria a “luta pelo direito à identidade de gênero” e contra as discriminações com base em “identidade de gênero” (“transfobia”) e foram cunhados neologismos como “LGBTfobia”, “homotransfobia” e “pessoas LGBT”. A letra “T” foi inicialmente associada aos “transexuais” (à época entendidos como aqueles que tiveram um diagnóstico médico de “transsexualismo”, “transtorno de identidade de gênero” ou similares e passaram pela “transição” médica), mas este pequeno grupo foi transformado em um subgrupo de uma nova categoria, “transgênero” ou simplesmente “trans”. O “transgênero”, que eventualmente é usado como um subgrupo (como na expressão “travestis, transexuais e transgêneros”), se consolidou como um termo “guarda-chuva” que abrange subgrupos heterogêneos e que incluem indivíduos que não experimentam desconforto com seus corpos, como *crossdressers*. A simplificação de se utilizar apenas o prefixo “trans” e expressões como “direitos trans” e “pessoas trans” e o próprio fato de que termos como “transexual”, “travesti” e “transgênero” são usados de forma intercambiável e sem critérios objetivos ajudaram a construir a percepção de que o “direito à identidade de gênero” seria exclusivamente aos “transexuais” médicos e não a um grupo muito maior.

crossdressers e *drag queen* seriam em alguns lugares formalmente alçados a “identidades de gênero”.¹²

Importante lembrar que as políticas de “identidade de gênero” foram impulsionadas sobretudo a partir do século XX, ou seja, na era da internet. Isso significa que elas contaram com ferramentas com a qual movimentos sociais jamais poderiam sonhar: e-mail, redes sociais, abaixo-assinados eletrônicos. Essa rapidez garantiu velocidade e facilidade de organização em nível internacional, bem como disseminação, mobilização e pressão, e evitou que as devidas discussões acontecessem, que possíveis colisões fossem sanadas e que fossem estabelecidos limites para a subjetividade – por exemplo, hoje há dezenas de “identidades de gênero”, incluindo pessoas “não binárias” e “sem gênero”.¹³⁻¹⁴

O Brasil seria condicionado por essas políticas, vivenciando um processo similar ao de outros países.¹⁵ Um marco significativo foi o Projeto de Lei João Nery, de Identidade de Gênero, protocolado

12 CATRACA LIVRE. Nova York passa a reconhecer 31 gêneros diferentes. *Catraca Livre: Cidadania*, 7 maio 2020. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/nova-york-passa-reconhecer-31-generos-diferentes/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

13 WALDEN, Celia. How dare the BBC teach children that there are “100 genders”? *The Telegraph: Women*, 9 set. 2019. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/women/life/dare-bbc-teach-children-100-genders/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

14 ANSA BRASIL. Nova York inclui “gênero X” na certidão de nascimento. *R7: Internacional*, 13 set. 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/internacional/nova-york-inclui-genero-x-na-certidao-de-nascimento-13092018>. Acesso em: 13 jan. 2021. Registre-se que muitos exigem que homens e mulheres que não se declaram “transgênero” aceitem rótulos de “cisgênero” e (ou) “mulheres e homens biológicos”, compulsoriamente transformando o resto da Humanidade numa subclasse de sua própria classe.

15 Grupos espontâneos pelos direitos de gays, lésbicas e bissexuais ativos nos anos 1970 e 1980 foram nas décadas seguintes se institucionalizando e incorporando/sendo incorporados pelas categorias “T”, funcionando, portanto, como organizações “LGBT” (ainda que, eventualmente, mantivessem em seus nomes termos alusivos apenas à orientação sexual, como “Grupo Gay da Bahia” e “Instituto de Pais de Homossexuais”). Providencialmente, a Teoria *Queer*, nascida nos anos 1990, mas que parte de discussões de gênero dos anos 1970, começaria a ser entronizada por acadêmicos do Brasil e do mundo, e os Princípios de Yogyakarta citados em artigos científicos.

em 2013 pelos parlamentares Jean Wyllys (PSOL-RJ) e Erika Kokay (PT-DF). Entre outras demandas, exigia-se o direito de alteração dos nomes dos indivíduos independentemente de diagnóstico e de modificação corporal com base em suas “identidades de gênero”; a definição basicamente repetiu a dos “Princípios de Yogyakarta”:

Artigo 2º – Entende-se por identidade de gênero a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo.

Parágrafo único: O exercício do direito à identidade de gênero pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido, e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de fala e maneirismos.

Embora arquivado em 2019, o PL João Nery foi um marco, porque, a partir dele, o direito à “identidade de gênero” começou a ser mais impulsionado por partidos e organizações como um direito que deveria ser reconhecido e implementado rapidamente e, de fato, o foi. Como leis federais baseadas em “identidade de gênero” são impopulares e, ao menos no Brasil, dificilmente seriam aprovadas democraticamente pelos parlamentares eleitos pelo povo, o Judiciário foi utilizado repetidamente; assim, em vez da discussão pública – como houve no Reino Unido¹⁶ – sobre os riscos da autodeclaração proposta pelo PL João Nery, tivemos as decisões dadas na ADI n. 4.275 e no RE n. 670.422,¹⁷ nas quais o Supremo

16 O Reino Unido lançou uma consulta pública acerca do afrouxamento das regras para se obter um *Gender Recognition Act*, algo como “Certificado de Reconhecimento de Gênero”. Após acirrados debates, decidiu-se que a autodeclaração (*self-Id*) não seria o suficiente; a obtenção do GRA continua restrita aos “transsexuais” médicos (Cf. TRUSS, Elisabeth. *Statement UIN HCWS462*. UK Parliament, 22 set. 2020. Disponível em: <https://questions-statements.parliament.uk/written-statements/detail/2020-09-22/hcws462>. Acesso em: 13 jan. 2021).

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF reafirma direito de transgêneros de alterar registro civil sem mudança de sexo. *Notícias STF*, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386930>. Acesso em: 13 jan. 2021.

Tribunal Federal declarou que qualquer indivíduo, mediante simples manifestação de vontade, pode mudar o nome e o “sexo” que constam em seus documentos, sem diagnóstico médico ou cirurgias. Em vez do debate público sobre o PL n. 7.582/2014, que, caso aprovado, pode transformar a definição de homem e mulher baseada em sexo biológico em “crime de ódio e intolerância”, tivemos as já citadas ações ADO n. 26 e MI n. 4.733, que dão margem a que repetir essa definição configure “crime de discriminação por identidade de gênero”. Em vez da vontade da população expressa pelos seus representantes (e diretamente nas Câmaras Municipais) de vetar o ensino e (ou) políticas de “gênero” nas escolas – ao menos da forma como se tentou fazer, com a inserção da definição baseada em “direito à identidade de gênero” entre outros temas inofensivos –, temos agora em trâmite a ADI n. 5.668.¹⁸ Acreditamos, respeitosa-mente, que um tema tão delicado deveria mesmo ter passado pelo caminho mais longo dos projetos de lei. No caso das ações ADO n. 26 e MI n. 4.733, a depender do julgamento dos embargos de declaração da AGU opostos no bojo delas, qualquer cidadão que alerte sobre o resultado das políticas baseadas em “identidade de gênero” pode ser denunciado.¹⁹ Enquanto o Congresso não aprova lei própria, está-se utilizando a Lei de Racismo, o que inclusive dá

18 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Partido pede que escolas de todo o país sejam obrigadas a coibir *bullying* homofóbico. *STF Portal: Imprensa*, Brasília, 22 mar. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338927>. Acesso em: 13 jan. 2021. Percebe-se, já no título dado à notícia, uma simplificação: o objeto da ADI vai muito além de “coibir o *bullying* homofóbico”. O objeto da ação é, conforme o texto admite, supostamente coibir “discriminações por gênero, identidade de gênero e orientação sexual, bem como de respeitar a identidade de crianças e adolescentes LGBT no ambiente escolar”.

19 Aparentemente, o Supremo Tribunal Federal criminalizou “a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero”, punindo “todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero”, nos dizeres do parecer favorável do excelentíssimo membro do MPF Rodrigo Janot (BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. *Mandado de Injunção 4.733/DF* – agravo regimental. MPF: Procuradoria Geral da República. Brasília: 25 de julho de 2018). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/combatehomofobia.pdf. Acesso em: 13 jan. 2021.

margem à interpretação de que as condutas tipificadas neste crime seriam imprescritíveis e inafiançáveis.²⁰

Mesmo totalmente subjetivo, o identitarismo de gênero reverberaria em livros e artigos supostamente científicos e materiais de saúde;²¹ o *Guia de Disforia de Gênero* da Sociedade Brasileira de Pediatria, por exemplo, menciona a existência de “alguma categoria diferente do masculino ou feminino”²² (Qual seria ela? Qual o terceiro gameta, além de macho e fêmea?). Reverberaria também no atendimento de pessoas em confusão ou sofrimento com o sexo biológico. No ano de 2013, foi publicada a Portaria n. 2.803/2013, do Ministério da Saúde, que ampliou e consolidou a obrigação do SUS de custear o paradigma médico de tratamento de pessoas em confusão ou sofrimento com seu sexo biológico, condição que, ao longo da história, conforme explicamos anteriormente, recebeu nomes variados e hoje é chamada de “incongruência de gênero”. O paradigma médico no Brasil, acompanhando o internacional, previa (ao menos nos termos da Portaria) avaliação psiquiátrica e, caso o paciente e a equipe de profissionais concluíssem que seria o melhor para ele, intervenções físicas hormonais e cirúrgicas.

20 Veja-se aqui um exemplo do que falamos anteriormente: a criminalização da “transfobia” foi indevidamente acoplada à do racismo e da homofobia, como se ambas fossem baseadas em materialidade e tivessem as mesmas consequências, o que simplesmente não é verdade. Exemplificando, um time feminino que impede a entrada de uma mulher por ser lésbica inegavelmente comete discriminação, pois a orientação sexual não confere vantagem física à atleta sobre as demais, enquanto um que impeça a entrada de um indivíduo biologicamente macho está garantindo que as atletas possam praticar esportes com justiça e segurança. Essa decisão, cujos limites ainda não sabemos quais serão, tem sido manejada contra os que buscam soluções.

21 Um paciente corre risco de câncer de próstata mesmo após o “processo transexualizador”. Mesmo assim, já há documentos, em tese científicos, nos quais pacientes homens, que eram denominados “homens transexuais”, são chamados de “mulher trans”, assim como as “mulheres transexuais” são denominadas “homem trans”. Um exemplo é a Resolução n. 2.265/2019, do Conselho Federal de Medicina (a qual, ao final, admite que foi construída em conjunto com organizações “LGBTQIA+”).

22 SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. Disforia de gênero. *Guia Prático de Atualização – Departamento Científico de Adolescência*, Brasília, n. 4, jun. 2017. Disponível em: https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/19706c-GP_-_Disforia_de_Genero.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

Ocorre que o mesmo ano de 2013 foi, como dissemos, um marco da introdução das políticas de “identidade de gênero” no Brasil e isso também se refletiu na forma como o seu público-alvo começou a ser tratado. O PL João Nery não exigia apenas que, com base no “direito à identidade de gênero”, quaisquer indivíduos, por mera manifestação de vontade (mesmo sem diagnóstico e (ou) modificações), alterassem seus documentos, exigia também que, com base nesse direito e mediante simples manifestação de vontade, as modificações corporais fossem permitidas e o Estado fosse obrigado a custeá-las. Organizações pelo direito à “identidade de gênero” e parte dos profissionais de saúde começaram a rotular cuidados como a exigência de terapia e avaliação psicológica e (ou) psiquiátrica por um período predeterminado – que integram o próprio direito à saúde dos pacientes e diminuem as chances de arrependimento e (ou) destransição – de “patologização de identidades trans”, inclusive o Conselho Federal de Psicologia²³ e o “Movimento Despatologiza”,²⁴ bem como de sugerirem que “a transexualidade seria um transtorno mental”. Embora o PL tenha sido arquivado e, no Brasil, médicos psiquiatras até hoje tenham conseguido, em tese, se manter como *gatekeepers* desses procedimentos, o discurso ganharia força, sobretudo com uma cobertura midiática que propagandeia manchetes como “Estudo prova que transexualidade não é transtorno psiquiátrico”.²⁵ Fato é que o obje-

23 Cf. DESPATOLOGIZAÇÃO CFP. Vídeo aprofunda debate sobre psicologia e a despatologização das identidades trans. Conselho Federal de Psicologia: despatologização das identidades trans e travesti. Disponível em: <https://despatologizacao.cfp.org.br/video-aprofunda-debate-sobre-psicologia-e-a-despatologizacao-das-identidades-trans>. Acesso em: 12 jan. 2021. A matéria mostra, mais uma vez, a mimetização do direito à “identidade de gênero” em outros: “Os movimentos feministas, os movimentos LGBTs, passaram anos e ainda passam, tentando descolar a sexualidade de reprodução, orientação sexual de identidade de gênero”.

24 Cf. DESPATOLOGIZA. Movimento pela Despatologização da Vida. Subsede Conselho Regional de Psicologia de São Paulo. Disponível em: <https://www.despatologiza.com.br>. Acesso em: 12 jan. 2021.

25 Cf. O GLOBO. Estudo prova que transexualidade não é transtorno psiquiátrico. *O Globo: Sociedade* (via AFP), 28 jul. 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/estudo-prova-que-transexualidade-nao-transtorno-psiquia>

tivo foi alcançado: em 2018, saudou-se a Organização Mundial da Saúde (OMS) por anunciar a renomeação da “disforia de gênero” para “incongruência de gênero”, e sua transposição do capítulo de “transtornos mentais, comportamentais ou do neurodesenvolvimento” para o de “saúde sexual” no CID (Cadastro Internacional de Doenças). Os motivos da renomeação e realocação foram declaradamente políticos: nos termos da OMS, seriam diminuir “o estigma”, mas com a garantia de que “a população trans tenha sua condição reconhecida pelos médicos e hospitais”.²⁶

Embora a mudança anunciada pela OMS, em mais uma mimetização, tenha sido inserida numa “luta contra a despatologização” e comparada à despatologização da orientação sexual, o antigo “transtorno de identidade de gênero”, apesar das sucessivas mudanças de nome e da “despatologização” formal através de mais uma mudança de nome e de capítulo, reitere-se, continua materialmente tão “patologizado” quanto sempre esteve, porque continua sendo *tratado*, precisamente, como uma patologia. Os indivíduos continuam sendo institucionalizados em consultórios,

trico-19805459. Acesso em: 12 jan. 2021. O jornalismo brasileiro e internacional, em regra, não questiona o discurso trans. Esta matéria de *O Globo* é um exemplo: o bom jornalismo evitaria pôr numa manchete que um único estudo “prova” algo, ainda mais quando já partiu do “objetivo de retirar as pessoas transgênero da classificação de transtornos mentais da Organização Mundial da Saúde (OMS)”, mas com “melhores acessos aos serviços de saúde e atenção”. Ao contrário de outros problemas de saúde física ou mental, nem a causa e nem a cura da “incongruência” são de interesse de alguns: nas palavras de outra entrevistada, “[p]ensar a identidade como uma doença nos obriga a buscar uma cura, e em vez disso os esforços institucionais devem focar em reconhecer a diversidade, promover a inclusão e garantir os direitos”.

- 26 “De acordo com a OMS, a manutenção do termo ‘incongruência de gênero’ busca garantir que a população trans tenha sua condição reconhecida pelos médicos e hospitais, no momento em que procurem atendimento nos diferentes sistemas de saúde. ‘A lógica é que, enquanto as evidências são claras de que não é um transtorno mental, e de fato pode causar enorme estigma para as pessoas que são transexuais, ainda existem necessidades significativas de cuidados de saúde que podem ser melhores se a condição for codificada sob o CID’, conforme o texto de divulgação das mudanças” (MARTINS, Helena. Decisão da OMS sobre identidade trans deve reforçar políticas públicas. *Agência Brasil*, Brasília, 19 jun. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-06/decisao-da-oms-sobre-identidade-trans-deve-reforcar-politicas>. Acesso em: 13 jan. 2021).

ambulatórios de “identidade de gênero” e hospitais, recebendo prescrições e aplicações de medicamentos, passando por cirurgias e, mesmo após elas, por uma rotina de consultas com endocrinologistas para minimizar os efeitos dos hormônios sintéticos. São, para todos os efeitos, pacientes crônicos do sistema de saúde. O processo operado conjuntamente por médicos, laboratórios, organizações “LGBTQIA+” e conselhos profissionais ao redor do mundo não foi, parece-nos, de despatologização ou de “mais acesso à saúde”, e sim de *lesão* ao direito à saúde das pessoas por meio da eliminação ou fragilização das devidas avaliações psicológicas e psiquiátricas. A depender do país (e do Estado, nos países nos quais os Estados têm autonomia legiferante no tema como os EUA), médicos podem realizar hormonizações e cirurgias irreversíveis sem que o paciente tenha passado por alguma forma de processo terapêutico; em alguns, o processo foi substituído pela simples apresentação de laudo psiquiátrico e (ou) psicológico, em outros, ainda, o período mínimo do processo terapêutico diminuiu de dois para um ano. Da mesma forma, a depender do local, foram instituídas penalidades (criminais, cíveis e administrativas, por meio da cassação de licença) para psicólogos, psicanalistas e psiquiatras que insistam numa terapia que aprofunde as questões do paciente. A linguagem dos direitos (“direito à saúde”, “diminuição de filas”, “direitos LGBTQIA+”) é utilizada em prol de uma lógica consumerista de “pagar e receber” (ou, no caso de países com sistema público de saúde, de pressionar o Estado e receber).

No Brasil, médicos psiquiatras ainda conseguem se manter como profissionais indispensáveis da agora chamada “afirmação de gênero”. Mas, na Resolução n. 2.265/2019, o CFM diminuiu de dois para apenas um ano o tempo de “acompanhamento prévio” às cirurgias. Isso significa que aos 18 anos, após algumas consultas, um adolescente pode retirar definitivamente órgãos saudáveis. Supostamente, seria “vedada a realização [...] em pessoas com diagnóstico de transtornos mentais que os contraindiquem”, mas alguns transtornos mentais, sabemos, podem aparecer apenas após essa idade. Ainda que um paciente ou seus familiares, em busca de um olhar não medicalizador, optem por um psicólogo, a

Resolução n. 1/2018, do Conselho Federal de Psicologia (CFP), ameaça com cassação da licença aqueles que não “reconhecerem e legitimarem a autodeterminação das pessoas transexuais e travestis em relação às suas identidades de gênero”;²⁷ essa resolução é criticada dentro da classe, inclusive.²⁸

A conjugação de afrouxamento nos cuidados prévios com as comorbidades desta população²⁹ aponta para mais casos de arrependimento e destransição. É direito do paciente uma legislação que garanta ao profissional de saúde mental liberdade para, em conjunto com o paciente, elaborar todas as questões que podem circundar o sofrimento ou confusão com o corpo sexuado e as consequências, efeitos colaterais e limites do “processo transexualizador”. Com as novas medidas, a tendência é de diminuir as chances de que o paciente se reconcilie com seu corpo e – aí sim – chegue a maneiras *verdadeiramente despatologizadoras* de compreender e lidar com o sofrimento.

A criação da categoria “transgênero”, o uso do prefixo simplificado “trans” e o emprego intercambiável de termos (“transexual”, “transgênero”, “travesti”, “*queer*”, “não binário”, “transexualidade”, “disforia”, “incongruência”) abrangem grupos com situações muito variadas entre si, indo dos que experimentam sofrimento extremo

27 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Resolução n. 1, de 29 jan. 2018*. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CFP-01-2018.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

28 Cf. EQUIPE NO CORPO CERTO. Carta de psicólogos e psicólogas ao Conselho Federal de Psicologia sobre a Resolução n. 1/2018 do CFP. *No Corpo Certo*, 27 ago. 2020. Disponível em: <http://nocorpcerto.com/carta-de-psicologos-e-psicologas-ao-conselho-federal-de-psicologia-sobre-a-resolucao-no-1-2018-do-cfp/>. Acesso em: 10 jan. 2021.

29 “Sabe-se que os transtornos de humor, transtornos de personalidade, uso e abuso de drogas e ansiedade são mais frequentes entre sujeitos com o diagnóstico de disforia de gênero, quando comparados com a população geral. O comportamento suicida também é maior, independentemente da presença de qualquer comorbidade psiquiátrica. O risco, no entanto, aumenta ainda mais quando há associação com depressão, ansiedade, uso indevido de substâncias, e fatores sociais como rejeição e discriminação dos pais” (SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA, 2017, p. 4).

aos que se satisfazem com mudanças de vestuário (*crossdressing*), de adolescentes em situação de prostituição a acadêmicos bem-situados, de homens maduros lidando com a autoginefilia a garotos reagindo ao *bullying* por seus comportamentos fora do padrão. No ano de 2020, o psiquiatra Roberto D'Angelo publicou um artigo com um título sugestivo: “*One size does not fit all: in support of psychotherapy for gender dysphoria*”, algo como “Um modelo que não tem tamanho único: em apoio à psicoterapia para a disforia de gênero”.³⁰

Essa unificação, que já é perigosa para adultos, ganha ares de tragédia anunciada no caso de crianças e adolescentes. No mesmo ano em que o PL João Nery foi protocolado e com base no Parecer n. 8/2013, o Conselho Federal de Medicina autorizou médicos brasileiros a usar hormônios sintéticos em menores de 18 anos como “tratamento para transtorno de identidade de gênero”, uso iniciado prontamente pelo Ambulatório de Identidade de Gênero do Estado de São Paulo. Após, começamos a ver na mídia as “crianças trans” atendidas pelo Amtigos”, o Ministério da Educação autorizou o uso de “nome social” em menores de idade³¹ (teria havido curiosidade do órgão em saber por que, justamente após a redução da idade mínima, esta condição rara começou a aparecer nas escolas?) e, em 2019, a retrocitada resolução do CFM, repita-se, não só manteve a redução para hormônios como autorizou que as cirurgias, que na portaria do Ministério da Saúde só seriam realizadas aos 21 anos, fossem feitas já aos 18. Exsurge também de notícias sobre “crianças trans” que elas, supostamente para respeitar suas “identidades de gênero”, estão sendo submetidas à “transição social” e tiveram seus nomes mudados (até mesmo quando elas têm só 5 anos!).³²

30 D'ANGELO, Roberto *et al.* One size does not fit all: in support of psychotherapy for gender dysphoria. *Archives of Sexual Behavior*, p. 1-10, 2020.

31 Cf. MARTINS, Helena. MEC autoriza uso de nome social na educação básica para travestis e transexuais. *Agência Brasil*, Brasília, 17 jan. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-01/mec-autoriza-uso-de-nome-social-na-educacao-basica-para-travestis-e>. Acesso em: 12 jan. 2021.

32 ONGARATTO, Sabrina. “Agatha tem RG, CPF e cartão do SUS com nome social”, diz mãe de menina trans de apenas 5 anos. *Revista Crescer*, 2 dez. 2020. Disponível em:

2 O direito à identidade de gênero vs. outros direitos

A dignidade da pessoa humana ganhou uma projeção central em nosso ordenamento jurídico e a partir dela se desdobram, implicitamente, diversos outros direitos. Não obstante, a sua aplicação deve ser exercida com cautela, uma vez que comporta um conteúdo aberto e multidimensional e que tem como titulares todo e qualquer ser humano. Em tese, o direito à “identidade de gênero” obriga a população, empresas privadas, órgãos públicos e toda a sociedade a declarar que homens e mulheres seriam definidos por suas “identidades de gênero” e não pelo sexo biológico.

Embora fuja dos limites deste estudo uma análise mais aprofundada das colisões de direito geradas, pode-se antecipar que isso fere, *prima facie*, a liberdade de pensamento e de expressão (art. 5º, IV, da CF/88) e de crença (art. 5º, VI ao XXI, da CF/88), a saúde (art. 6º, *caput*, e art. 196 ss. da CF/88), o direito à não discriminação de meninas e mulheres conferido pelo Decreto Legislativo n. 4.377/2002, que aprovou a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), entre outros. Veda-se, em algum grau, o direito de todos (cidadãos, pessoas físicas e jurídicas) a expressarem a realidade material do que eles e outros seres humanos são, de seguirem sua própria percepção da realidade e organizar suas vidas, espaços e a transmissão de ideias, e muda-se o curso de políticas públicas existentes em decorrência dessa hipótese. Da liberdade de pensamento derivam a de opinião e a de informação, configurando essa circunstância lesão a uma garantia constitucional (art. 5º, IV e IX, da Constituição); essa gama de direitos consta em todas as democracias modernas e está protegida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. O direito à liberdade de expressão também se manifesta no pleno direito à educação (a qual, no Ensino Fundamental e Médio, se dá com base na realidade material) e na liberdade acadêmica (que inclui expressão

<https://revistacrescer.globo.com/Educacao-Comportamento/noticia/2020/12/agatha-tem-rg-CPF-e-cartao-do-sus-com-nome-social-diz-mae-de-menina-trans-de- apenas-5-anos.html>. Acesso em: 11 jan. 2021.

oral, escrita e gestual). A depender da extensão do que o STF considera “discriminação em razão de identidade de gênero”, negar a plausibilidade da hipótese de “identidades de gênero”, negar-se a agir de acordo com essa hipótese (por exemplo, recusando-se a reconhecer a “identidade de gênero” de alguém, já que não se pode “reconhecer” aquilo no qual não se acredita), expressar publicamente que, sendo o sexo biológico imutável, homens e meninos não podem se transformar em mulheres e meninas e vice-versa (seja por via de modificações de aparência, mudança de documentos ou por simples expressão de vontade) e, portanto, negar ao sexo masculino os espaços, direitos e políticas garantidos a mulheres e meninas, pode em tese configurar “discriminação por identidade de gênero” (“transfobia”). Discussões públicas e privadas sobre o conflito entre a primazia da liberdade de expressão ou da autopercepção alheia acontecem todos os dias.³³

Assim, se por um lado se busca a garantia do alegado direito à identidade de “gênero”, o que se verifica, na prática, é o tensionamento com diversos outros direitos respaldados por nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, o conteúdo desse direito e as políticas dele decorrentes devem considerar a existência de direitos e garantias preexistentes e seus respectivos destinatários, a fim de que se afastem possíveis vícios e conflitos que venham a ensejar consequências ainda mais danosas:

[...] afigram-se possíveis limitações decorrentes da colisão de um direito fundamental com outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais, o que legitima o estabelecimento de res-

33 Cf. AZEVEDO, Reinaldo. “Não, Laerte, você não pode! No que diz respeito ao banheiro, você é homem, rapaz!”. *Veja*, 31 jul. 2012. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/nao-laerte-voce-nao-pode-no-que-diz-respeito-ao-banheiro-voce-e-homem-rapaz>. Acesso em: 12 jan. 2021; G1. Marília Mendonça é acusada de transfobia e pede desculpas: “Aprenderei com meus erros”. *G1: Pop & Arte*, 10 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2020/08/10/marilia-mendonca-e-acusada-de-transfobia-em-live-cantora-pede-desculpas-aprenderei-com-meus-erros.ghtml>. Acesso em: 13 jan. 2021; GLOBO.COM. “Foi hipertransfóbico”, diz Luísa Marilac após “treta” com Nego do Borel. *Extra: Famosos*, 14 jan. 2019. Disponível em: <https://extra.globo.com/famosos/foi-hipertransfobico-diz-luisa-marilac-apos-treta-com-nego-do-borel-23369968.html>. Acesso em: 12 jan. 2021.

trições, ainda que não expressamente autorizadas pela Constituição. Em outras palavras, *direitos fundamentais formalmente ilimitados [...] podem ser restringidos caso isso se revelar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais, de tal sorte que há mesmo quem tenha chegado a sustentar a existência de uma verdadeira “reserva geral imanente de ponderação.”*³⁴ [...] a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios.³⁵ Pelo fato de as normas constitucionais não deverem ser aplicadas mediante a simples exaltação dos valores aos quais se acham referidas, como se tais valores fossem por si sós evidentes quanto ao conteúdo e alcance (basta ver, em caráter ilustrativo, o que ocorre com o uso retórico e mesmo panfletário da dignidade da pessoa humana e da própria proporcionalidade), sendo sempre necessária uma fundamentação intersubjetivamente controlável, não basta somente identificar os valores em jogo, mas construir e lançar mão de critérios que permitam aplicá-los racionalmente, cabendo ao intérprete/aplicador dos direitos fundamentais conferir importância distinta aos valores por eles densificados, sempre atento às circunstâncias do caso concreto, mas também igualmente receptivo às hierarquizações axiológicas levadas a cabo pelo legislador democraticamente legitimado.³⁶ [Grifos nossos].

A delicadeza do tema sobrevém da sua relação indissociável com diversos direitos fundamentais previstos na Carta Magna, seja de maneira mais específica, ou mais genérica. Inegável possuírem as normas constitucionais a mesma hierarquia, sem que haja, em princípio, sobreposições de uma sobre a outra. Tais consagrados direitos, por sua vez, não se figuram como absolutos, e, eventualmente, podem colidir entre si e com outros valores constitucionalmente previstos, quando analisadas as suas consequências práticas. Segundo Canotilho:

De um modo geral, *considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular*

34 STRECK, Lênio Luiz; CANOTILHO, José Gomes; MENDES, Gilmar. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 201.

35 STRECK; CANOTILHO; MENDES, 2014, p. 201.

36 STRECK; CANOTILHO; MENDES, 2014, p. 201-202.

*colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos diante de um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos.*³⁷ [Grifo nosso].

Assim, não há que se falar em liberdades irrestritas, na medida em que a sua admissão acarretaria a inviabilização de liberdades de outrem. O exercício dos direitos, portanto, não exclui suas hipóteses de colisão, o que, por conseguinte, implica devidas limitações e restrições. Em tais circunstâncias, por se tratar, na maioria dos casos, de normas com roupagem principiológica, deve-se buscar, da melhor maneira, harmonizá-los, à vista das circunstâncias fáticas e jurídicas particulares, almejando se verificar quais direitos possuem maior relevância jurídica em cada caso. O que se extrai é que as convicções individuais ou coletivas, para além de meras ideias e pensamentos, se manifestam em hábitos e comportamentos que as ratificam, ou seja, produzem efeitos na sociedade, em maior ou menor escala. Importante reiterar, neste sentido, que a liberdade de consciência e de crença não é, de todo, ilimitada, visto que deve se compatibilizar com os demais princípios e regras consagrados pelo nosso ordenamento jurídico, seja no âmbito constitucional ou infraconstitucional. O Pacto de San José da Costa Rica, da mesma forma, em seu art. 12, item 3, prevê:

A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

O direito de se expressar não raro carrega consigo construções sociais que, por vezes, reforçam situações discriminatórias ou estereotipadas da realidade. Essa condição, por si só, não caracteriza o discurso de ódio, não obstante, na eventualidade de estimular o desrespeito à alteridade, possa servir como base para consolidá-lo, no intuito de desvalorizar, inferiorizar e desqualificar um

37 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 643.

determinado grupo social ou indivíduo a ele pertencente. De toda forma, não se pretende aqui afastar a importância dos mencionados direitos, visto que é uma das prerrogativas basilares da democracia, mas atentar para o fato de que se deve olhar com parcimônia o uso do termo acadêmico “gênero” e da concepção de “identidade de gênero”, principalmente no âmbito jurídico, na medida em que a sua indevida utilização pode dar lastro para a ingerência nos direitos conquistados com base no sexo biológico, e perpetrar, de maneira institucional, políticas estatais que, indiretamente, reforcem a relação hierarquizada entre homens e mulheres. É nessa linha de raciocínio que se deve analisar a fundo quais os critérios que embasam o direito à “identidade de gênero”, uma vez que, conforme já mencionado, este vai de encontro a diversos outros direitos que se fundamentam na diferença objetiva entre o sexo masculino e o sexo feminino. Há um conflito entre um aspecto juridicamente previsto, que era o de minimizar o sofrimento psíquico do que era à época um pequeno grupo de pacientes médicos, e um aspecto fático do direito envolvido, que é a imposição, *erga omnes*, de uma ficção jurídica. É preciso lembrar que a aplicação de tais direitos deve ocorrer da maneira mais harmônica possível, de forma que a prevalência de uns em detrimento de outros deve se dar de maneira excepcional e devidamente motivada.

Defendemos o direito de homens e mulheres a adotarem a aparência que desejarem e de não serem vítimas de violência por esta escolha. Porém, deve-se ponderar, neste sentido, a forma como o processo legiferante e hermenêutico se porta diante de conceitos jurídicos que não coincidem entre si. Ressalta-se que os termos jurídicos utilizados na legislação não devem ser escolhidos de maneira aleatória, ainda que calcados em um discurso bem-intencionado, uma vez que possuem carga normativa pela qual visam a produzir efeitos práticos e, portanto, alterar, de alguma forma, a realidade. Ao oferecer um tratamento *sui generis*, pois baseado numa ficção, a Medicina levaria a um direito também *sui generis*, ainda que com as melhores intenções possíveis. O sexo é uma característica comum a todos nós, a praticamente todos os animais e protegida pela legislação internacional: as Nações

Unidas definem o sexo biológico como “as características físicas e biológicas que distinguem os machos das fêmeas”.³⁸ Somos, antes mesmo que compuséssemos a espécie *homo sapiens*, seres dismórficos, diferenciados pela capacidade em produzir o gameta óvulo ou o gameta espermatozoide e por inúmeras outras diferenças visíveis e invisíveis. Se tanto uma mulher quanto um homem que se declara mulher são igualmente “mulheres” perante a lei e para as mais variadas situações legais e do dia a dia, e o mesmo ocorre com homens, então o sexo biológico não existe ou não importa e nem as existências e experiências próprias de meninas e mulheres, assim como as de meninos e homens. Embora as luzes sejam jogadas sobre a palavra “gênero”, o resultado destas políticas foi o apagamento legal, social e histórico do sexo biológico.³⁹

Tendo em vista a relevância do tema para a sociedade de um modo geral, talvez o processo de criação jurídico-legal tenha estado aquém do idealizado para a forma democrática de governo. Não foram observados procedimentos de participação popular, como as consultas populares e audiências públicas devidamente acessíveis e publicizadas, entre outros, os quais, além de tornarem o processo de criação legal mais legítimo, por garantirem a participação dos destinatários da norma e dos possíveis afetados por ela, reforçam a responsabilidade e o compromisso impostos sobre o legislador para a produção de leis que possuam, em maior grau

38 WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Glossary of terms and tools*. Gender, equity and human rights. Disponível em: <https://www.who.int/gender-equity-rights/knowledge/glossary/en/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

39 De se lembrar também que as políticas de “identidade de gênero” foram impulsionadas mediante a institucionalização dos movimentos sociais a partir dos anos 1990 e sua vinculação a grandes corporações e organizações internacionais como ONU, Anistia Internacional, Google, Fundação Ford e Open Society Foundation (AVERY, Daniel. *These 50+ brands are celebrating pride by giving back to the LGBT Community*. *Newsweek: Culture*, 3 jun. 2019. Disponível em: <https://www.newsweek.com/the-se-30-brands-are-celebrating-pride-giving-back-lgbt-community-1441707>). Posicionar-se pode comprometer a possibilidade de ser contemplado em um edital, por exemplo, o que é particularmente significativo em países nos quais recursos são escassos como o Brasil. E, conforme comentaremos adiante, isso também é custoso, nos tempos atuais, para os que desejam seguir carreira acadêmica.

possível, qualidade e técnica. Foi assim que chegamos a possíveis colisões de direitos que, embora não ameadadas neste artigo, precisam ser mencionadas ainda que brevemente; em alguns países, inclusive, essas políticas já foram revertidas.⁴⁰⁻⁴¹

Nossa legislação confere a todos os indivíduos o direito à vida, à segurança, à incolumidade física independentemente de sua aparência, subjetividade, diagnóstico médico e escolhas pessoais de vestimentas, cabendo fortalecer esses mecanismos. Cabe também atentar para a ausência de termos objetivos e de estatísticas oficiais sobre violência a indivíduos que se declaram no espectro “transgênero”, o que deixa os operadores do Direito reféns das produzidas unilateralmente por organizações “LGBTQIA+”, as quais, além de problemas de metodologia,⁴² tendem a minimizar intersecções que geram situação de vulnerabilidade. Louvamos as intenções dos que buscam melhores condições de vida a quaisquer grupos e esperamos que as colisões aqui mencionadas mereçam a mesma atenção.

3 Considerações finais

Dentro dos limites deste estudo, acreditamos ter contribuído para resgatar a história do direito à “identidade de gênero”, frequentemente mimetizado e confundido com o de outras categorias que demandam políticas radicalmente diferentes. O processo

40 A Inglaterra construiu prisões para homens que se declaram “transgênero”, após os abusos cometidos por eles contra mulheres encarceradas (Cf. BBC. First UK transgender prison unit to open. *BBC News: Local News*, 3 mar. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/uk-47434730>. Acesso em: 13 jan. 2021).

41 AFP. Justiça britânica estabelece condições para transição de gênero de menores. *MSN Notícias*, via APF, 1º dez. 2020. Disponível em: <https://www.msn.com/pt-br/noticias/mundo/justi%C3%A7a-brit%C3%A2nica-estabelece-condi%C3%A7%C3%B5es-para-transi%C3%A7%C3%A3o-de-g%C3%AAnero-de-menores/ar-BB1bx3As>. Acesso em: 12 jan. 2021.

42 Cf. CORDEIRO, Tiago. Estatísticas sobre morte provocada por homofobia são infladas, conclui estudo. *Gazeta do Povo: Ideias*, Curitiba, 2 maio 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/estatisticas-sobre-morte-provocada-por-homofobia-sao-infladas-conclui-estudo>. Acesso em: 13 jan. 2021.

de implantação desse direito no Brasil e no mundo nos convida a pensar sobre o papel, hoje, exercido por determinadas organizações. Ainda que bem-intencionadas, elas não são eleitas por seus supostos representados e atuam com base em interesses financeiros e políticos variados; é bom reforçar que dependem dos editais e doações das mesmas fundações internacionais que impuseram as políticas de “identidade de gênero”,⁴³ algumas, inclusive, lideradas por esses ativistas;⁴⁴ uma dessas lideranças é proprietária de uma empresa biomédica.⁴⁵ É preciso garantir que grupos pequenos e independentes, para quem o ingresso numa ação constitucional como *amicus curiae*, por exemplo, é inviável, consigam ser ouvidos.⁴⁶

43 Cf. OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. *An essential legal right for trans people*. Maio 2019. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/explainers/essential-legal-right-trans-people>. Acesso em: 12 jan. 2021.

44 BILEK, Jennifer. *The billionaires behind the LGBT movement*. First Things. Disponível em: <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2020/01/the-billionaires-behind-the-lgbt-movement>. Acesso em: 13 jan. 2021.

45 Cf. HORMÔNIO NÃO É BRINQUEDO. Quem são os homens brancos e ricos que institucionalizaram a ideologia transgênero? *Medium*, 21 fev. 2018. Disponível em: <https://medium.com/hormioniaoebinquedo/quem-s%C3%A3o-os-homens-brancos-e-ricos-que-institucionalizaram-a-ideologia-transg%C3%AAnero-cc655cf2e28>. Acesso em: 14 jan. 2021.

46 Ao poderio das organizações “LGBTQIA+” respondem, além das já citadas organizações de LGBs, grupos que questionam a medicalização da infância (Transgender Trend; 4th Wave Now; e No Corpo Certo, no Brasil), de proteção às meninas e mulheres (WOLF - Women’s Liberation Front; Women’s Human Rights Campaign, que conta com representação no Brasil; e Women’s Place UK). Apesar da grande censura *online*, fizeram sucesso nas redes campanhas como a #SexNotGender (“Sexo, não gênero”) e o apoio à escritora JK Rowling, acusada de “transfobia” (#IstandwithJK). Na Espanha, um caso a ser conferido foi o do *Anteproyecto Ley Orgánica de Garantía del Derecho a la Libertad Sexual*, que visa a proteger meninas e mulheres de violências sexuais. A organização “Alianza Contra el Borrado de las Mujeres” (“Aliança Contra o Apagamento das Mulheres”) denunciou o uso da técnica *under the radar* e que o projeto incluiu na definição de mulheres pessoas do sexo masculino. Pontuou-se que a expressão “identidade de gênero” não possui plena aceitação social, científica ou acadêmica para corroborar a sua proteção jurídica e que a tentativa de introduzir um novo termo jurídico de interpretação ignora as particularidades conceituais existentes entre “gênero” e “sexo” (REDAÇÃO TRIBUNA. Alianza Contra el Borrado de las Mujeres alerta de que la confusión entre “sexo” y “género” en el anteproyecto crea indefensión para las mujeres y socava la

Os apontamentos como os trazidos aqui o foram por muitas pessoas, de diferentes matizes ideológicos (conservadores, progressistas, médicos, gays, lésbicas, feministas, religiosos) e não podem mais ser dispensados como fruto de “transfobia”.⁴⁷ Na forma atual, cremos que o direito à “identidade de gênero” está exigindo um processo de dissociação coletiva insustentável a longo prazo, muito além do que era exigido para acomodar o pequeno número de “transexuais” médicos. Ninguém é obrigado a validar a auto-percepção do outro, ninguém é obrigado a legitimar ninguém. Pertinente a transcrição de trecho da Declaração de Princípios sobre a Tolerância (1995), aprovada pela Conferência Geral da UNESCO, que assim dispõe:

1.3 *A tolerância é o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito. Implica a rejeição do dogmatismo e do absolutismo e fortalece as normas enunciadas nos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos.*

1.4 *Em consonância ao respeito dos direitos humanos, praticar a tolerância não significa tolerar a injustiça social, nem renunciar às próprias convicções, nem fazer concessões a respeito. A prática da tolerância significa que toda pessoa tem a livre escolha de suas convicções e aceita que o outro desfrute da mesma liberdade. Significa aceitar o fato de que os seres humanos, que se caracterizam naturalmente pela diversidade de seu aspecto físico, de sua situação, de seu modo de expressar-se, de seus comportamentos e de seus valores, têm o direito de viver em paz e de ser tais como são. Significa também que ninguém deve impor suas opiniões a outrem. [Grifos nossos].*

Colisões de direito geradas pela desconstrução legal do sexo precisam ser enfrentadas. Acreditamos que a solução se encaminhará

lucha contra la violencia. *Tribuna Feminista*, 5 jun. 2020. Disponível em: <https://tribunafeminista.elplural.com/2020/06/alianza-contral-borrado-de-las-mujeres-alerta-de-que-la-confusion-entre-sexo-y-genero-en-el-anteproyecto-crea-indefension-para-las-mujeres-y-socava-la-lucha/>. Acesso em: 14 jan. 2021).

47 BENEVIDES, BRUNA. *Transfobia sai, Tyfanny fica!* ANTRA: Associação Nacional de Travestis e Homossexuais. Disponível em: <https://antrabrasil.org/2019/04/04/transfobia-sai-tyfanny-fica/>. Acesso em: 17 jan. 2021.

para um projeto de lei que assegure tanto a definição de homem e mulher como baseada no sexo biológico quanto a proteção da ideia de “identidade de gênero” como são protegidas todas as outras ideias nos países democráticos: indivíduos têm o direito de nelas acreditar, defendê-las publicamente e se reunirem em torno delas – crenças, opiniões e ideologias de cunho político, econômico, religioso, filosófico etc. Desta maneira, uma conciliação será facilitada.

Referências

ANSA BRASIL. Nova York inclui “gênero X” na certidão de nascimento. *R7: Internacional*, 13 set. 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/internacional/nova-york-inclui-genero-x-na-certidao-de-nascimento-13092018>. Acesso em: 13 jan. 2021.

BENEVIDES, Bruna. *Transfobia sai, Tyfanny fica!* ANTRA: Associação Nacional de Travestis e Homossexuais. Disponível em: <https://antrabrasil.org/2019/04/04/transfobia-sai-tiffany-fica/>. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Gabinete da deputada Chris Tonietto. *Projeto de Decreto Legislativo n. 19/2020*. Susta os efeitos da Resolução n. 2.265, de 20 de setembro de 2019, do Conselho Federal de Medicina, a qual dispõe sobre “o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero”, e revoga a Resolução CFM n. 1.955/2010. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236483>. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria n. 2.803, de 19 de novembro de 2013*. Brasília, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF reafirma direito de transgêneros de alterar registro civil sem mudança de sexo. *Notícias STF*, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386930>. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo. *Notícias STF*, Brasília, 1º mar. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: 13 jan. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CATRACA LIVRE. Nova York passa a reconhecer 31 gêneros diferentes. *Catraca Livre: Cidadania*, 7 maio 2020. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/nova-york-passa-reconhecer-31-generos-diferentes/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*: Resolução CFM n. 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM n. 2.222/2018 e n. 2.226/2019. Brasília, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1/2018, de 29 de janeiro de 2018. Estabelece normas de atuação para as psicólogas e os psicólogos em relação às pessoas transexuais e travestis. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/2236057/doi-10.13063-2018-01-30-resolucao-n-1-de-29-de-janeiro-de-2018-2236053. Acesso em: 17 out. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 2.265/2018, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM n. 1.955/2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.265-de-20-de-setembro-de-2019-237203294>. Acesso em: 19 out. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Código de Ética Profissional do Psicólogo*. Brasília: CFP, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Resolução n. 1, de 29 de janeiro de 2018*. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CFP-01-2018.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

DAHLEN, Sara. De-sexing the medical record? An examination of sex versus gender identity in the General Medical Council's Trans Healthcare Ethical Advice. *The New Bioethics*, Londres, v. 26. n. 1, fev. 2020. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/20502877.2020.1720429>. Acesso em: 14 jan. 2021.

D'ANGELO, Roberto *et al.* One size does not fit all: in support of psychotherapy for gender dysphoria. *Archives of Sexual Behavior*, p. 1-10, 2020.

DORNELLES, Tatiana. A “disforia de gênero” infantojuvenil e o direito fundamental da proteção integral da criança e do adolescente: um debate necessário. In: BRANCO *et al.* (org.). *Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, 2020. p. 733-749.

DORNELLES, Tatiana. *Prisioneirxs: transmulheres nos presídios femininos e o X do problema*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020.

GAZETA DO POVO. MPF questiona CFM sobre terapias hormonais de mudança de sexo a partir dos 16 anos. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 22 jan. 2020. Vida e Cidadania. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/mpf-questiona-cfm-mudanca-sexo-terapias-hormonais-16-anos/>. Acesso em: 19 out. 2020.

JEFFREYS, Sheila. *Gender hurts: a feminist analysis of the politics of transgenderism*. Londres: Routledge, 2014.

JORGE, M. A. C.; TRAVASSOS, N. P. *Transexualidade: o corpo entre o sujeito e a ciência*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

KORTE, Alexander *et al.* Gender identity disorders in childhood and adolescence: currently debated concepts and treatment strategies. *Deutsches Ärzteblatt International*, v. 105, n. 48, p. 834, 2008.

OBSERVATÓRIO DE SEXUALIDADE E POLÍTICA. *Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Tradução de Jones de Freitas. Julho de 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

RAYMOND, Janice. *The transsexual empire: the making of the she-male*. 2. ed. Nova Iorque: Teachers College Press, 1994.

SHRIER, Abigail. *Irreversible damage: the transgender craze seducing our daughters*. Washington, DC: Regnery Publishing, 2020.

SILVA, Lúcio Flávio Gonzaga. *Processo-Consulta CFM n. 32/12: Parecer CFM n. 8/13*. Brasília, 22 de fevereiro de 2013.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. Disforia de gênero. *Guia Prático de Atualização – Departamento Científico de Adolescência*, Brasília, n. 4, jun. 2017. Disponível em: goo.gl/dfMHEz. Acesso em: 23 dez. 2020.

STRECK, Lênio Luiz; CANOTILHO, José Gomes; MENDES, Gilmar. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

WALDEN, Celia. How dare the BBC teach children that there are “100 genders”? *The Telegraph: Women*, 9 set. 2019. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/women/life/dare-bbc-teach-children-100-genders/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Glossary of terms and tools*. Gender, equity and human rights. Disponível em: <https://www.who.int/gender-equity-rights/knowledge/glossary/en/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

A metodologia SJPCMI (digitização toyotizada de fluxos processuais) aplicada ao Ministério Público da União

Hassany Alaouieh Chaves

Analista Processual do Ministério Público Federal. Criador do *penavirtual*, SJPCMI - *Product Owner*, e prototipação de baixa fidelidade do *Maria da Penha Virtual* e outros 14 projetos de direitos humanos. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

Resumo: Demonstração de viabilidade de modelo teórico de toyotização de fluxos processuais digitizados, desenvolvido na teoria SJPCMI, voltados à concretização de direitos humanos em atendimento aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas para 2030 (ODS/ONU/2030), escalável para outros direitos e replicável globalmente, aplicado ao Ministério Público da União.

Palavras-chave: SJPCMI. Digitização. Toyotização processual. Ministério Público.

Abstract: Viability demonstration of theoretical model of toyotization of digitized procedural flows oriented for human rights materialization in commitment to Sustainable Development Goals of the United Nations, scalable for other rights and replicable globally, applied to Public Prosecution Service.

Keywords: SJPCMI. Digitization. Processual toyotization. Public Prosecution Service.

Sumário: 1 Introdução. 1.1 Criação da metodologia e histórico de projetos. 1.2 O *Maria da Penha Virtual*. 1.3 Sobre o sistema. 1.4 A metodologia SJPCMI e a validação de um microsistema virtualizado de acesso à justiça. 1.5 Inovação jurídica como fato na teoria tridimensional de Reale. 1.6 Implantação no TJRJ.

2 Aplicação da teoria SJPCMI (digitização toyotizada de fluxo processual) ao Ministério Público da União. 2.1 Orçamento, eficiência e a aplicação da teoria SJPCMI ao MPU. 2.2 *OIT 169 Virtual* e o Ministério Público Federal. 2.3 Assistente de redação integrado. Viabilidade demonstrada no *Maria da Penha Virtual*. 2.4 Eliminação do retrabalho. Vantagens. Pareto (80/20). 2.5 Assistente de redação genérico. 2.6 Assistente de redação dedicado ao Ministério Público da União. 2.7 Assistente de redação específico (*OIT 169 Virtual*). 2.8 Assistentes de redação e módulos integráveis. 2.9 Custo de customização e implantação dos derivados do *Maria da Penha Virtual* – Fábrica de concretização de direitos humanos orientada pelos ODS/ONU/2030. 2.10 Inteligência artificial, métricas acionáveis e formularização (toyotização de fluxos processuais digitalizados). 2.11 Riscos da não aplicação da teoria SJPCMI. 3 Conclusão.

1 Introdução

1.1 Criação da metodologia e histórico de projetos

Este artigo faz referência a outros estudos do mesmo autor, e por isso é necessário discorrer sobre os trabalhos que levaram à criação da metodologia em exame. Não há bibliografia jurídica sobre o tema, que consta apenas em livros sobre inovação, os quais ratificam a metodologia.

Em 2017, após os massacres prisionais de janeiro,¹ foi amplamente divulgado que o percentual de presos provisórios seria de 40% do total da população carcerária.² A superlotação, portanto, segundo as reportagens, estaria ligada ao número de presos provisórios, cautelares. Esse quadro inconstitucional, posteriormente, foi reconhecido como de massivas violações a direitos humanos (ADPF/347/STF).

1 EM 2017, 56 presos foram assassinados em massacre no Compaj. *G1*, [s. l.], 27 maio 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2019/05/27/massacre-em-2017-foi-o-maior-do-sistema-prisional-do-amazonas.ghtml>. Acesso em: 14 abr. 2021.

2 SEVERIANO, Adneison. No AM, 432 presos provisórios são libertados em mutirão após massacre. *G1 AM*, Manaus, 17 jan. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/no-am-432-presos-provisorios-foram-libertados-em-mutirao-apos-massacre.html>. Acesso em: 14 abr. 2021.

Esbocei, em janeiro de 2017, uma solução para mitigar o problema, composta por uma teoria, a do cálculo da pena virtual como condição e limite ao encarceramento cautelar, a ser instrumentalizada por uma calculadora de pena (mínimo produto viável – MVP em Excel), programada em 2018 e integrada a um gerador de *habeas corpus* digitizado.³ Esse projeto foi utilizado como base para elaboração de TCC em pós-graduação em Direito Público apresentado à Universidade Candido Mendes (UCAM).

Em junho de 2019, produzi artigo para o concurso de artigos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual demonstrei, a partir do exame do sistema *penavirtual.org*, a necessidade e a viabilidade de se criar uma metodologia de inovação jurídica, capaz de concretizar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas para 2030 (ODS/ONU/2030). A metodologia proposta foi batizada com o nome de Sistemas Jurídicos Processuais Customizados Multidisciplinares Integrados (SJPCMI).⁴ Nesse artigo, identifiquei a impossibilidade de apresentar referências bibliográficas em razão do ineditismo da proposta.

Em outubro de 2019, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro promoveu o Hackfest 2019. A partir das diretrizes criadas no SJPCMI, durante o evento cocriei, em Excel (mínimo produto viável – MVP), a calculadora de risco de rachadinha, com mais de 40 variáveis e compatível com o uso de inteligência artificial de baixa complexidade. O projeto foi premiado com o 1º lugar, mas não foi concluído e implantado.

De dezembro de 2019 a maio de 2020, ciente das necessidades interdisciplinares (transdisciplinares) do desenvolvimento de teorias e projetos jurídicos viáveis, na plataforma UDEMY, analisei diversos cursos de inovação e design, o que me permitiu propor um curso de inovação, realizado em 2020, na Procuradoria Regional

3 Disponível em: <http://www.penavirtual.org/>.

4 CHAVES, Hassany. Sistemas Jurídicos Processuais Customizados Multidisciplinares Integrados – SJPCMI: concretização de direitos fundamentais/humanos e uma releitura tecnológica da doutrina brasileira do *habeas corpus*. 2019. Disponível em: <http://direitoagil.com.br/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

da República da 2ª Região (PRR2), além de compreender que os meus projetos anteriores se aproximavam do conceito de toyotização – aplicação do método Toyota a um produto ou serviço.

Em fevereiro de 2020, criei o MVP de baixa fidelidade do *Maria da Penha Virtual*, para o Global Legal Hackaton, mas o projeto, por orientação dos monitores, foi substituído por outro.

De março a maio, testei a metodologia em alguns *hackatons* relacionados ao combate à Covid-19 e verifiquei a inaplicabilidade dos métodos de inovação descritos em livros estrangeiros a políticas públicas de concretização de direitos humanos.

Em fevereiro/março de 2020, produzi um novo MVP, em *Quant UX*, validado em oficina de *design thinking* com Rafael Nunes Wanderley e Husseyn Alaouieh, e programado por Luisa Costa Rodrigues (prototipação de alta fidelidade), João Vítor Oliveira Ferreira, Matheus Carvalho Gomes Moreira e Yuri Farias Arruda, sob a coordenação de Rafael Nunes Wanderley. O projeto participou de um *hackaton* e posteriormente foi apresentado ao Centro de Estudos, Direito e Tecnologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Ceditec/UFRJ), o qual viabilizou convênio com a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj) e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) para a efetiva implantação, o que ocorreu em novembro. Há notícia de que mais de 100 pedidos de medidas protetivas de urgência (MPU) foram protocolados no decurso de 40 dias.⁵

Em novembro, foi divulgada em palestra na Emerj a criação, pelos seis integrantes do grupo Direito Ágil ODS,⁶ de uma fábrica de digitização toyotizada de fluxos processuais,⁷ fundada no método Direito Ágil ODS, metodologia específica de concretização de direitos humanos pela via judicial, baseada nos ODS/ONU/2030 n. 16 e n. 17, criada pelo autor.

5 Disponível em: <https://portal.tj.tjrj.jus.br/web/guest/aplicativo-maria-da-penha-virtual>.

6 Rafael Nunes Wanderley; Luisa Costa Rodrigues; João Vítor Oliveira Ferreira; Matheus Carvalho Gomes Moreira; Yuri Farias Arruda; e Hassany Alaouieh Chaves.

7 Disponível em: <https://youtu.be/zmqboKrcRZQ?t=5562>.

Em dezembro, minuta de projeto de lei sobre inovação jurídica e toyotização de fluxos processuais (ver *Anexo*) foi enviada ao Ceditec/UFRJ, o qual já busca implementar os parâmetros criados pelo autor.

No momento há 14 projetos de concretização de direitos humanos na fase de prototipação de baixa fidelidade (MVP navegável), esperando apenas pela programação na fábrica de concretização de ODS do grupo Direito Ágil ODS.

Houve reuniões de demonstração com: a) juízas de Direito do Estado de São Paulo, as quais solicitaram adaptação do *Maria da Penha Virtual* ao pedido de alimentos feito no balcão; b) promotoras e promotores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, os quais solicitaram adaptação para o recebimento de denúncias, com a coleta de dados qualificados, em que se demonstrou a enorme capacidade de customização dos formulários para casos como violência, abuso de poder, tortura, venda ilícita de terrenos públicos e crimes de preconceito. O protótipo *Preconceito Virtual* já está funcionando e será demonstrado em breve; c) procuradores do Estado do Rio de Janeiro, os quais pretendem digitalizar demandas repetitivas, com especial interesse no protótipo *Remédio Virtual*, para complementar os trabalhos da câmara de solução de conflitos em saúde.

Este breve resumo das atividades, além de demonstrar o cabimento da autorreferência e da adaptação autoral de metodologias de inovação, é necessário para que se compreenda que a teoria em exposição é complementada a cada projeto.

Não há uma teoria pronta, há um esboço de teoria que vem crescendo a cada iteração, e, de certa forma, é essa a noção de metodologia ágil, revisão constante da própria metodologia, a partir dos resultados.

1.2 O *Maria da Penha Virtual*⁸

O aplicativo *web Maria da Penha Virtual* é a validação desse modelo teórico de concretização de direitos humanos, replicável

8 Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/aplicativo-maria-da-penha-virtual>.

em larga escala e customizado com um design específico para a proteção de cada grupo vulnerável, sempre com a preocupação de garantir a melhor usabilidade e experiência do usuário final, bem como atender a fórmula “ODS 16 e 17” + ODS “N” = digitização de fluxo processual toytizado.

Três fatores se apresentaram como indispensáveis na criação de um modelo: a) customização; b) interdisciplinaridade; e c) integração.

O objetivo é garantir o *acesso à justiça* e torná-lo mais eficiente, capaz de produzir mais resultados positivos, por meio de design específico, correta instrução processual, quase ideal, de modo a viabilizar decisões mais justas.

1.3 Sobre o sistema

Todos os detalhes do projeto estão descritos em nota enviada pelo autor ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).⁹

1.4 A metodologia SJPCMI e a validação de um microsistema virtualizado de acesso à justiça

Os objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU para o ano de 2030 (ODS/ONU/2030) foram adotados como parâmetro inicial. Primeiro, a correlação entre os ODS 16 (justiça) e 17 (parcerias), em seguida, a escolha de um direito previsto em outro ODS, no caso do *Maria da Penha Virtual*, o n. 5 (gênero). Depois, estudos sobre inovação e integração tecnológica.

O *Maria da Penha Virtual* consiste em um modelo de toytização do fluxo processual digitizado, específico para os ODS/ONU/2030, executado pelo grupo Direito Ágil ODS, a partir da teoria SJPCMI.

⁹ Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/8468>.

Após a identificação de um possível microsistema de tutela de direitos fundamentais em que a vítima possui *ius postulandi* (*habeas corpus*, juizados especiais e medidas protetivas de urgência, conforme o art. 27 c/c art. 19 da Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, além de “N” questões afetas aos juizados especiais), foi iniciado um estudo sobre a criação de modelo teórico de concretização de direitos humanos pela via judicial, o que me levou a toyotizar (aplicar técnicas de controle de qualidade em um processo produtivo de acordo com o modelo Toyota) o fluxo processual e integrá-lo às tecnologias de comunicação e informação disponíveis em qualquer dispositivo eletrônico (digitização).

Importante notar que a Lei n. 14.022, de 7 de julho de 2020, que dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência, parece ter reconhecido, em seu art. 4º, § 2º, a existência de um microsistema de tutela do direito à vida dos hipossuficientes, o qual confere à vítima legitimidade postulatória, de forma similar à teoria de concretização de direitos humanos pela via judicial toyotizada e digitizada.

O *direito ágil*, na vertente adotada pela teoria SJPCMI, é um conjunto de metodologias e diretrizes em desenvolvimento, embasado no modelo *lean startup* (*enxuto*), derivado do ciclo PDCA (*plan; do; check; act*) otimizado pela Toyota, daí se tratar de toyotização do fluxo processual digitizado.

O *Maria da Penha Virtual* demonstra a viabilidade dessa metodologia desenvolvida, que já está sendo replicada em outros dez projetos de concretização do acesso à justiça e é caracterizada por: (1) se encaixar em uma nova onda de acesso à justiça, voltada à concretização dos ODS/ONU 16 e 17, com foco nos hipossuficientes; (2) conjugar os seguintes fatores: a) densidade jurídica e probatória; b) interdisciplinaridade, customização, integração de tecnologias e digitização de fluxos processuais; e c) aplicação de técnicas de design jurídico a esse fluxo processual; (3) ter como base a prototipação ágil de formulários, usados como *kambans* (lista de tarefas

específica para um determinado fluxo de produção) para garantir que o usuário vai completar o atendimento e produzir uma peça jurídica adequada, capaz de garantir o resultado útil do processo e ao mesmo tempo produzir um estudo estatístico; (4) visar o trabalho colaborativo e o financiamento coletivo de medidas capazes de concretizar os direitos humanos; (5) permitir a replicação em oficinas de concretização de ODS/ONU por meio de *sprints* de *design thinking* customizados ao Direito brasileiro.

Este modelo é autoral e possui características muito específicas, além de ser replicável, escalável, pensado para parcerias (ODS 17) e de fácil disseminação. Permite, também, que trabalhos de conclusão de curso (TCCs) sejam elaborados com foco na concretização de direitos pela via judicial, conjugando ODS 16 e 17.

O Direito Ágil ODS se divide em *quatro* partes: a) análise da questão jurídica, formularização e interface jurídica simplificada; b) interface de usuário e motor (a programação em si); c) integração ao *Judiciário via Universidade*; e d) participação social por mutirão e financiamento coletivo de projetos.

Essa divisão de tarefas dentro da inovação jurídica permite a criação de uma política pública pelas universidades, na qual os estudantes, uma vez treinados na metodologia Direito Ágil ODS, se dediquem a concretizar os ODS/ONU/2030 pela “análise, formularização e criação de interface jurídica simplificada”, o que mitiga a ausência de profissionais transdisciplinares em número adequado.

A etapa seguinte permite criar sistemas derivados, com a eliminação de retrabalho, mediante a adaptação de (I) interface de usuário (as telas) e (II) motor (programação), previamente elaborados e que normalmente inviabilizam projetos de inovação jurídica, por serem tarefas dispendiosas que exigem conhecimentos específicos e transdisciplinares, recursos pouco disponíveis, os quais são supridos pela adaptação (reaproveitamento) da estrutura já existente e validada, bastando que seja produzido o conjunto de peças processuais e telas preestabelecidos, o que pode ser chamado de “entregável”.

1.5 Inovação jurídica como fato na teoria tridimensional de Reale

A teoria tridimensional de Miguel Reale¹⁰ demonstra que o Direito é fato, valor e norma, numa relação dialética.¹¹ Sem entrar nos conceitos, é possível afirmar que um sistema informatizado é um fato, um dado da realidade, e que deve ser valorado e eventualmente normatizado.

Fatos movem o legislador. O brasileiro, atento ao fato da pandemia, valorou os riscos de violência e criou norma, em tempo recorde, sobre o direito ao atendimento virtual:

Art. 4º Os órgãos de segurança pública deverão disponibilizar canais de comunicação que garantam interação simultânea, inclusive com possibilidade de compartilhamento de documentos, desde que gratuitos e passíveis de utilização em dispositivos eletrônicos, como celulares e computadores, para atendimento virtual de situações que envolvam violência contra a mulher, o idoso, a criança ou o adolescente, facultado aos órgãos integrantes do Sistema de Justiça - Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, e aos demais órgãos do Poder Executivo, a adoção dessa medida.

[...]

§ 2º Nos casos de violência doméstica e familiar, a ofendida poderá solicitar quaisquer medidas protetivas de urgência à autoridade competente por meio dos dispositivos de comunicação de atendimento on-line.

10 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. *E-book*.

11 Para uma visão resumida: GONZAGA, Alvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli. Teoria tridimensional do direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: teoria geral e filosofia do direito. Coord. de tomo de Celso Fernandes Campilongo; Alvaro de Azevedo Gonzaga; André Luiz Freire. São Paulo: PUC-SP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/tridimensional-do-direito,-teoria#:~:text=Segundo%20Miguel%20Reale%2C15%20a,estrutura%20social%20necessariamente%20axiol%C3%B3gico%2Dnormativa>.

A Lei n. 14.022 foi criada em julho de 2020, movida por fato novo, a Covid-19. O sistema *Maria da Penha Virtual* teve seu primeiro protótipo de baixa fidelidade em fevereiro (5 meses), protótipo de alta fidelidade em março (4 meses), mas seu arcabouço teórico data de junho de 2019 (13 meses). Ou seja, a vontade do legislador não foi concretizada pelo Poder Público, mas por uma inovação privada, anterior à lei, um sistema processual cuja aplicação dela não depende, mas concretiza o disposto no art. 4º, especialmente no § 2º.

Outro exemplo de inovação dentro desta metodologia é o *penavirtual* (calculadora de pena toyotizada e digitizada seguida de *habeas corpus*), que data de 2017 e não precisa de lei específica para ser adotado, mas ainda não foi implementado.

A inovação jurídica e os sistemas processuais correlatos são fatos, tendem a ser mais rápidos do que a lei e podem informar a elaboração de normas ordinárias, mas delas prescindem, uma vez que a concretização de direitos fundamentais não depende exclusivamente de legislação ordinária, mas também de ações humanas.

1.6 Implantação no TJRJ

O modelo de implantação do serviço fornecido pelo *web app Maria da Penha Virtual* foi estudado desde o Business Canvas,¹² na oficina de *design thinking*, e verificou-se a existência de dois modelos possíveis. Ou o fornecimento da solução de forma imediata e nacional, mas sem integração, voltado para a redação do pedido da medida protetiva de urgência (MPU), ou a implantação de um projeto piloto de integração ao Judiciário. Concluído o projeto, este foi levado ao Ceditec/UFRJ, que viabilizou a integração Universidade/Judiciário, pois a otimização deste serviço público depende: a) do tempo de resposta; b) de ciclos de revisão do resultado das MPUs (medidas protetivas de urgência).

Como consequência dessa integração pioneira, ainda que a faculdade tenha colaborado apenas na fase de implantação/convê-

¹² Disponível, somente para leitura, no sistema MIRO (miro1234): https://miro.com/app/board/o9J_laLCIKc=.

nio/divulgação, foi validado o modelo Direito Ágil ODS/SJPCMI (descrito na minuta de projeto de lei disponível no *Anexo*), em que a fábrica de sistemas de concretização pode receber, via faculdade (ODS 17), conteúdo adaptável ao padrão já estabelecido, segundo metodologia simplificada, e critérios de integração predefinidos pelo Judiciário, o que minimiza os custos da inovação jurídica.

Quanto ao formato de implantação, ressalve-se, contudo, que o serviço poderia ser oferecido de forma nacional, sem integração, fora do Estado do Rio de Janeiro, mediante a elaboração da petição digitizada, mas isso limita a eficácia do projeto e, em poucos casos, o estudo da persona demonstrou que há o risco de a vítima não compreender a necessidade de levar o documento à Delegacia da Mulher ou ao Juizado de Violência Doméstica, o que pode agravar o risco de morte, razão pela qual foi excluído.

A implantação em exame reforça a ideia de que as universidades (ODS 17) devem considerar a adoção de política pública de criação de módulos transdisciplinares, customizáveis e integráveis, fora do Judiciário, mas com sua eventual orientação, como forma de concretizar direitos humanos.

2 Aplicação da teoria SJPCMI (digitização toyotizada de fluxo processual) ao Ministério Público da União

2.1 Orçamento, eficiência e a aplicação da teoria SJPCMI ao MPU

A permanente crise orçamentária¹³ que assola o Brasil exige a racionalização de toda a força de trabalho da Administração Pública, o que inclui o Judiciário e o Ministério Público.

¹³ GUEDES diz que governo quebrou em todos níveis: federal, estadual e municipal. *IstoÉ Dinheiro*, [s. l.], 30 abr. 2020. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/guedes-diz-que-governo-quebrou-em-todos-niveis-federal-estadual-e-municipal/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

A eficiência, como princípio da Administração, está prevista no *caput* do art. 37 da CRFB/88, mas é possível dizer que a inovação está implícita na eficiência, como um subprincípio, além de ser referida expressamente 15 vezes no texto constitucional.

Demonstrado de forma inequívoca o atual estado funcional da teoria SJPCMI/Direito Ágil ODS, além de ser patente que a inovação é um dever intrínseco a todo e qualquer administrador público, entendo que o Ministério Público da União pode ser beneficiado por duas aplicações integráveis da teoria: a) atendimento ao cidadão, p. ex., quilombolas; b) assistente de redação processual (geral e específico).

O atendimento aos cidadãos, atualmente, é feito por formulário padrão – não customizado para cada situação – e que gera retrabalho, pois os dados coletados: a) são inespecíficos, genéricos; b) não são integrados a sistemas de redação processual; c) não permitem a criação de métricas acionáveis (ver *subitem 2.10*).

O assistente de redação, por seu turno, ao ser alimentado por dados que já constam do sistema, interno e externo, elimina retrabalho e garante a qualidade do produto final.

O cabimento da proposta é demonstrado em razão: a) da crise orçamentária; b) do dever de eficiência e inovação; c) da validação da teoria pelo piloto implantado no TJRJ; d) da ausência de outras soluções validadas.

2.2 OIT 169 *Virtual*¹⁴ e o Ministério Público Federal

O tema concretização de direitos de “povos tradicionais” é de complexidade jurídica e probatória extremas, e se for compreendida a viabilidade da aplicação da teoria SJPCMI (digitização toyotizada de fluxos processuais) neste caso, sua aplicação aos demais será intuitiva.

14 Disponível em: <https://www.quant-ux.com/#/test.html?h=a2aa10a8mpVctBy6GLP8fw8IVemaO2egqGepo0b3W9KjNVglKyMGyA77Jloy>.

É fato notório que as demarcações de terras de povos tradicionais se encontram emperradas há anos, com recente agravamento¹⁵ em razão de política pública omissiva sobre o tema, apta a eliminar os povos tradicionais pelo simples decurso de tempo. Genocídio por abandono. O exame de todo e qualquer processo envolvendo povos tradicionais, e isso é ainda mais importante nas ações que versem sobre demarcação de terras, depende de uma questão prévia, qual seja, trata-se de povo tradicional?

A instrução processual, quando não fica a cargo do Ministério Público Federal, dificilmente permite o exame preciso dessa questão. A Administração Pública (Incrá, Funai, Ministério da Justiça, entre outros) não possui servidores suficientes¹⁶ para a elaboração dos estudos antropológicos pertinentes, o que gera excesso de trabalho, redução da qualidade e uma fila interminável. Esta a definição de sucateamento e de omissão administrativa, não dos servidores, mas dos decididores. Esse, portanto, é um tema de especial interesse da sociedade, da comunidade internacional e do Ministério Público Federal.

O *Maria da Penha Virtual*, sua metodologia, pode ser adaptado, sem custos elevados, para garantir um mínimo de acesso à justiça e de efetividade, como será demonstrado no item “2.7 Assistente de redação específico (*OIT 169 Virtual*)”.

Antes, contudo, é necessário aprofundar a análise do modelo em si, que depende de formularização das demandas e de digitização toyotizada dos fluxos processuais.

15 BIASETTO, Daniel. Sob Bolsonaro, Funai e Ministério da Justiça travam demarcação de terras indígenas. *O Globo*, Rio de Janeiro, 3 jan. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/sob-bolsonaro-funai-ministerio-da-justica-travam-demarcacao-de-terras-indigenas-24820597>. Acesso em: 15 abr. 2021.

16 SUCATEADA, Funai usa mais de R\$ 1 milhão da covid-19 para comprar caminhonetes. *Estadão*, Brasília, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,sucateada-funai-usa-mais-de-r-1-milhao-da-covid-19-para-comprar-caminho-netes,70003279237>. Acesso em: 15 abr. 2021.

2.3 Assistente de redação integrado. Viabilidade demonstrada no *Maria da Penha Virtual*

Existem múltiplos usos para assistentes de redação integrados, a depender do que a eles se integra e dos dados alimentados nesse sistema. Veja-se que o *Maria da Penha Virtual* coleta dados que geram o pedido de medida protetiva, o qual é lido e os dados redigitados, retrabalhados.

O módulo “Pedido” coleta os dados em formulário customizado, multidisciplinar, integrado, e gera o pedido, protocolado via e-mail fornecido pelo TJRJ.

Os dados coletados, contudo, precisam ser lidos e analisados por um operador (estagiário, entre outros) e inseridos numa minuta de decisão, o que gera retrabalho, risco de erro do operador e perda de tempo numa análise que pode ajudar a salvar a vida de uma mulher.

O módulo administrativo 01 (não implantado) elimina o retrabalho e, ao mesmo tempo em que é gerado o pedido, são geradas as decisões de deferimento e indeferimento e o mandado de intimação.

Se a fundamentação for padronizada, não há alterações a fazer. Se houver necessidade de alterações, basta editar o texto, mas ele já está 90% pronto.

O módulo administrativo 02 (não implantado) permite que a decisão ou sentença seja produzida integralmente pela via digitizada, o que viabiliza a elaboração do campo *fundamentação* dentro do formulário e o alto grau de confiabilidade e individualização da decisão.

Esses módulos, customizáveis e integráveis, possibilitam, portanto, que o acesso à justiça seja efetivo e que a resposta seja célere, de acordo com o risco de morte, a ser analisado com base em informações qualificadas coletadas a partir de técnicas transdisciplinares que envolvem Direito, Estatística e Design, entre outras ciências.

A formularização permite, ainda, que a análise de risco de morte se dê por inteligência artificial de baixa complexidade, mediante

comparação de variáveis coletadas pelo próprio sistema, com a otimização das análises conforme se der o aumento do uso do sistema, permitindo estudos sobre a aplicação da lei dos grandes números para a tomada de decisões mais precisas.

2.4 Eliminação do retrabalho. Vantagens. Pareto (80/20)

A metodologia SJPCMI/Direito Ágil ODS é capaz de eliminar parte significativa do retrabalho, conforme demonstrado no item anterior. O retrabalho se dá por pesquisa do documento, anotação de dados e alteração de minuta padronizada e pode equivaler a 1% ou 99% do tempo gasto no preparo da minuta, não há dados sobre o tema.

A questão já deve ser perceptível: se eu preciso preencher uma minuta padronizada com dados constantes do sistema, em campos já conhecidos (autor, réu, endereço, tipo de agressão etc.), por que um estagiário/servidor deve procurar, anotar e redigitar? Quanto dinheiro público é perdido com essas ações? Qual é o impacto do retrabalho na prestação jurisdicional?

O percentual não é relevante, pode ser de apenas 10% ou de 80%, embora haja casos em que a fundamentação equivale a menos de 20% do texto digitado pelo ser humano. O fato é que, no quadro econômico atual, a otimização de meros 10% do volume de trabalho é vital para a prestação jurisdicional de qualidade. Sim, o retrabalho, além de caro, diminui a qualidade de toda a produção.

Excelentes operadores do Direito se veem assoberbados com uma carga de trabalho absolutamente inviável e metas inalcançáveis. Esse quadro, além de reduzir a qualidade de vida no trabalho (QVT), impede que haja o aprofundamento de análises e das respectivas teses, o que gera mais trabalho para os tribunais locais e, por fim, paralisa os Tribunais Superiores.

Assistentes de redação, alimentados com dados adequados, reduzem o tempo de elaboração de peças jurídicas e aumentam o tempo de análise (Pensamento > Digitação).

Pareto¹⁷ demonstrou que 80% do valor está em 20% do trabalho. Embora seja referido em diversos livros, a *Wikipédia* mostra-se mais completa sobre Pareto, pelo que merece leitura, mas a correlação com a metodologia de inovação pode ser melhor entendida no livro *A startup enxuta*.¹⁸

A otimização da redação processual permite que essa regra seja aplicada à elaboração de minutas digitizáveis (digitizadas ou não).

Em uma minuta processual, 80% do valor está na ideação da fundamentação, na qualidade jurídica das teses, e 20% do trabalho está na digitação, o que evidencia a regra de Pareto.

Basta utilizar os recursos “contar palavras” (Ferramentas > Contagem de palavras) ou “comparar” (Editar > Comparar documento), disponíveis nos editores de texto, para entender que 80% do conteúdo de uma minuta corresponde a itens repetitivos, o que inclui cabeçalho, relatório, fecho, parte fixa da fundamentação etc., e 20% do texto se refere à individualização da fundamentação. Esses 20% de trabalho concentram 80% do valor, a diferença, aquilo que realmente importa para a solução da lide. Um *software* de detecção de plágio apontará com maior precisão a repetição, mas não é necessário, pois o fato é notório.

A otimização desta regra 80/20 se dá pela formularização qualificada e customizada, seja dos atendimentos iniciais, seja de peças processuais posteriores, com a consequente criação de banco de dados capaz de alimentar a inserção de dados coletados em campos previamente conhecidos, os quais originaram a formularização. Esse procedimento se encaixa na ideia de digitização.

A digitização permite que: a) o operador do Direito concentre 80% do seu tempo na atividade mental (valor) e 20% na digitação (trabalho); b) o controle de qualidade da produção se dê antes

17 Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_de_Pareto.

18 RIES, Eric. *A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas*. São Paulo: Leya, 2012. *E-book*.

mesmo do início da atividade mental do operador que vai preencher o formulário, customizando o fluxo até mesmo com a incidência obrigatória de precedentes, vinculantes ou não, o que se denomina toyotização da digitização do fluxo processual.

As minutas não eliminam o retrabalho, mas a digitização toyotizada das minutas reduz o retrabalho ao mínimo necessário, o que representa economia orçamentária e qualidade de vida, e, principalmente, a otimização da qualidade das teses jurídicas e, por via de consequência, o desafogamento dos Tribunais Superiores.

2.5 Assistente de redação genérico

O assistente genérico de redação é muito simples e funciona a partir de: a) escolha da minuta; b) digitização toyotizada do formulário (formularização); c) coleta de dados; d) geração da peça.

A escolha da minuta pressupõe que o juiz, entre os modelos que já existem, defina os que deseja utilizar. Primeiro o modelo genérico de pedido, em seguida o modelo de decisão correspondente, para que sejam criados os módulos “Pedido” e “Administrativo”.

A formularização obedece ao trâmite já explicado (digitização toyotizada do fluxo processual) e consiste em analisar a peça processual e estabelecer o que é: a) padrão; b) preenchido pelo sistema; c) preenchido pelo operador, com o objetivo de individualizar a peça processual.

Coleta de dados – Os dados podem ser coletados via: a) inserção manual pelo operador; b) puxada automatizada dos dados. No módulo “Pedido”, o usuário, normalmente o autor, preenche seus dados e o pedido em si. No módulo “Administrativo”, a inserção manual se destina aos juízos de valor. A fundamentação, por excelência, exige a sua inserção manual. Contudo, é fato notório que parte da fundamentação já se encontra pronta em qualquer minuta. Se o juízo de valor é positivo, escolhe-se a minuta correspondente; se negativo, da mesma forma, o modelo adequado. Daí, é inegável que parte da fundamentação sempre estará pronta em uma minuta. O que a inserção manual permite é o foco, a concentração de *tempo* do operador na parte específica, aquela que individualiza a decisão.

A inserção automática se refere a dados como: a) cabeçalho; b) partes; c) qualificações; d) pedidos deduzidos pelo autor; d) defesas deduzidas pelo réu; e) laudos; f) movimentações processuais etc. Toda aquela parte chata e repetitiva na redação processual.

Um assistente genérico em funcionamento, mas não implantado, é o *Dano Moral Virtual*.¹⁹ Considero genérico, apesar das especificidades ligadas ao cálculo do moral pelo sistema bifásico do STJ, pois ele atende a “N” casos envolvendo dano moral. Existe um elevado grau de abstração no serviço e espaço para fundamentação pormenorizada.

Nesse projeto, ainda não implantado, a inserção dos dados é manual, mas, caso seja integrado, é possível puxar todos os dados repetitivos e elaborar o relatório da sentença em menos tempo. A fundamentação, por ser individualizada em campo específico, idem.

Testes de uso apontaram que há uma economia de 80% do tempo necessário para elaborar a minuta.

Esse simples projeto, então, pode dobrar a capacidade de trabalho dos juizados especiais, sem incorrer em assédio moral e, talvez, melhorar a QVT dos operadores.

2.6 Assistente de redação dedicado ao Ministério Público da União

Entendido o que é um assistente de redação, passo a explicitar seu potencial para o Ministério Público da União.

MPF – A atuação do Ministério Público Federal é muito ampla e exige especialização – tempo de trabalho – em cada área. A redação de peças processuais de alto nível, em si, é um desafio, o qual é agravado pelo elevado grau de especialização dos temas. Ainda que se considere normal a complexidade dos trabalhos, o volume processual é elevado.

Como exemplo, no campo eleitoral, o prazo é reduzido, eventualmente contado em horas, e o volume de trabalho ele-

¹⁹ Disponível em: <https://sujonuncamais.netlify.app/juiz>.

vado. Mas, o mais importante, há poucos servidores e estagiários aptos ao trabalho. Existe uma necessidade de treinamento e especialização no tema, o que pode ser mitigado pela adoção de fluxos processuais digitizados e toyotizados. A toyotização, aqui, garante o controle de qualidade da peça elaborada pelo estagiário não treinado, por exemplo.

Agora, quais minutas devem ser digitizadas? Petições iniciais, pareceres, recursos, respostas (contraminutas e contrarrazões), ofícios. Todos têm em comum a existência de um texto padrão, com cabeçalho, partes, qualificações etc. Todas aquelas em que a parte padrão for superior a 50% do texto final? Devemos aplicar Pareto (80% do valor em 20% do trabalho)? Na dúvida, Pareto.

O assistente genérico, mas dedicado, portanto, pode consistir em um sistema que: a) importa do Sistema Único os dados que foram importados do Judiciário e aqueles inseridos internamente, e preenche automaticamente a parte padronizada das minutas; b) permite o preenchimento, pelo operador, de tudo aquilo que efetivamente individualize a causa; c) gera, cria, a minuta a partir do formulário preenchido.

Recursos extraordinários são formalmente mais complexos e trabalhosos do que outras peças, mas a digitização toyotizada permite que o operador preencha adequadamente cada campo, especialmente a demonstração do prequestionamento, da repercussão geral.

E, mais importante, com o tempo, cada questão tratada, cada questão inserida no sistema, pode ser objeto de compartilhamento automático, de sugestão automatizada, para aplicação a um determinado caso. Precedentes vinculantes, por exemplo, podem ser indicados pela Inteligência Artificial de Baixa Complexidade (em programação). Questões preliminares podem ser detectadas pelo sistema, com a sugestão de texto preparado pelo operador ou por terceiro.

Contrarrazões, como regra, são muito simples, o que também ajuda a compreender a validade da proposta. Além dos campos automatizados, a fundamentação, aqui, pode ser trabalhada diretamente no formulário, de forma a complementar, individualizar a análise e aumentar a chance de êxito da atuação ministerial.

O tempo economizado reverte em qualidade de vida para os operadores, é claro, mas, para a instituição, este tempo representa o aprofundamento da qualidade das teses jurídicas desenvolvidas. O tempo de reflexão sobre cada questão pode ser dobrado com a adoção deste assistente de redação.

2.7 Assistente de redação específico (OIT 169 Virtual)

O assistente específico existe para otimizar a concretização de direitos humanos em causas de alta complexidade e especificidade, nas quais existe um conflito de direitos e princípios (aqueles *hard cases* em que a instrução processual impede o reconhecimento do direito de um hipossuficiente).

Na origem, um formulário de atendimento deve coletar os dados necessários à maximização da efetividade da atuação ministerial. O *subitem 2.2* – “OIT 169 Virtual e o Ministério Público Federal” – demonstra a viabilidade de clonar o *Maria da Penha Virtual* para elaborar pré-perícias antropológicas com geolocalização e delimitação de terras tradicionais.

O MVP (mínimo produto viável) é um protótipo navegável de baixa fidelidade²⁰ e pode ser acessado para melhor compreensão do projeto.

Pois bem, os dados coletados pelo sistema servem para que o índio, quilombola, ribeirão, entre outros, por meio de aparelho celular barato, comum, acessível, preencha um pedido de demarcação de terras apto a demonstrar que: a) efetivamente existe uma comunidade tradicional nos moldes da Convenção n. 169 da OIT (OIT/169); b) a terra possui dimensão aferível.

Uma única coleta de dados permitirá, simultaneamente: a) instrução de laudo pericial, mediante convênio com universidades (ODS 17); b) elaboração de documento probatório pré-pericial; c) elaboração de

²⁰ Exemplo de protótipo de tela de baixa fidelidade disponível em: <https://www.quant-ux.com/#/test.html?h=a2aa10a8mpVctBy6GLP8fw8IVemaO2egqGepo0b3W9KjNVglKyMGyA77Jloy>.

uma inicial em processo cautelar, protocolável por qualquer advogado não especializado em questões ligadas a povos tradicionais; d) representação no Ministério Público Federal, com a abertura de procedimento administrativo; e) integração entre os diversos atores e documentos.

O laudo antropológico, a partir desses dados coletados de forma qualificada, customizada, multidisciplinar, integrada, terá sua elaboração otimizada e poderá ser de responsabilidade de universidades parceiras (ODS 17), o que ataca a omissão estatal em produzir provas sobre a natureza do local e da comunidade.

O documento probatório pré-pericial não possui valor jurídico, mas pode instruir ações judiciais e concretizar o acesso à justiça, ao permitir que os povos tradicionais produzam início de prova relevante para o ajuizamento de uma cautelar. É algo emergencial, longe do ideal, mas é vital iniciar esse trabalho.

A inicial em processo cautelar, protocolável por qualquer advogado não especializado em questões ligadas a povos tradicionais, somada ao documento probatório pré-pericial, permitirá que o Judiciário faça uma análise minimamente adequada em tempo razoável; é um início de concretização do acesso à justiça (ODS 16) e empodera as comunidades tradicionais.

A representação no Ministério Público Federal, com a abertura de procedimento administrativo, permite que o *Parquet*: a) ajuíze a ação correspondente, caso haja essa decisão; b) acompanhe o processo judicial antes mesmo de ser intimado para se manifestar; c) produza peças processuais mais eficazes, com base na otimização da produção de prova pela digitização toyotizada desse fluxo específico.

A integração entre os diversos atores e documentos representa o maior valor da proposta. Se cada uma das vantagens descritas acima e já validadas no *Maria da Penha Virtual* já se mostra um avanço civilizatório no respeito aos povos e comunidades tradicionais, a criação de um sistema multidisciplinar, customizado, integrado, específico para a proteção deste grupo de hipossuficientes, acaba por criar uma rede de proteção e defesa composta por amigos, advogados, universitários, promotores/procuradores etc.

Mas como esse aplicativo (*web app*) se relaciona com a atuação do Ministério Público Federal?

Orientação inicial – A implantação desse aplicativo, de início, permite a criação de um *kamban* processual por procuradores da República e antropólogos especializados no tema povos e comunidades tradicionais, instrumentalizado pela formularização/digitização de todo o fluxo processual, o que otimizará o acesso à justiça e a efetividade da justiça.

Assim, toda a atuação ministerial e da rede de proteção e defesa de hipossuficientes pode ser orientada, desde o início, para a maximização dos resultados, para a concretização das normas inscritas na Convenção n. 169 da OIT.

Caso o questionário se mostre ineficiente, o ciclo PDCA se encarregará de corrigir as falhas. O custo de correções, adotada a metodologia proposta, é baixo, o que permite alterações mensais. O sistema, então, pode começar a roda de forma mínima (MVP) e ser aprimorado mensalmente, com a participação de representantes dos povos tradicionais, acadêmicos, operadores do Direito, entre outros. O que realmente importa, portanto, é iniciar com o mínimo viável, como está sedimentado em todos os livros de inovação, especialmente em *A startup enxuta*.²¹

Como em todos os derivados do *Maria da Penha Virtual*, é possível, ainda, divulgar conteúdo educacional apto a criar defensores de direitos humanos e orientar o trabalho voluntário de antropólogos e outros profissionais.

Redação processual propriamente dita – Na primeira instância, conforme o item “representação no Ministério Público Federal”, permite que o *Parquet*: a) ajuíze a ação correspondente, caso haja essa decisão; b) acompanhe o processo judicial antes mesmo de ser intimado para se manifestar; c) produza peças processuais mais eficazes, com base na otimização da produção de prova pela digitalização toyotizada desse fluxo específico.

21 RIES, 2012.

Na segunda instância, permite a elaboração de pareceres e recursos, e, nos Tribunais Superiores, será facilitada a construção de precedentes voltados para a concretização de direitos humanos. O retrabalho, no caso de resposta a recurso, é bastante intenso, o que também pode ser evitado com a digitização de peças de resposta.

E, de forma geral, cria: a) relatório estatístico com base em métricas acionáveis;²² b) ciclo PDCA (planejar, fazer, conferir e agir) capaz de analisar as falhas na instrução processual e, com isso, o aprimoramento de todo o sistema de proteção para povos e comunidades tradicionais.

O que foi delineado aqui se aplica a todo e qualquer grupo de hipossuficientes, sendo necessária apenas a customização do fluxo processual com base na teoria SJPCMI/Direito Ágil ODS.

2.8 Assistentes de redação e módulos integráveis

O tema *povos tradicionais* é muito complexo e se interliga a “N” outros temas, especialmente acesso à justiça, constitucional, internacional e preconceito.

O mesmo aplicativo que oferece um formulário pré-processual referente à tradicionalidade do povo/comunidade pode ser integrado ao módulo “Preconceito Virtual” (em fase final de programação, com demonstração marcada para março de 2021).

Assim, o povo tradicional pode, além de produzir início de prova, relatar adequadamente os preconceitos de que é vítima diariamente.

Perceba-se, portanto, que a criação de um microsistema virtualizado de proteção a direitos humanos é capaz de aos poucos garantir o mínimo de dignidade até mesmo àqueles hipossuficientes mais marcados pela interseccionalidade de violações.

Essa percepção decorre da análise das personas alvo do trabalho. No *Maria da Penha Virtual*, foi identificado que a cada salto interseccional: a) a mulher vítima mostrava-se mais carente do atendimento

22 RIES, 2012.

virtualizado; b) o design do aplicativo/serviço era mais importante para garantir a comunicação entre a vítima e o Judiciário.

Vejo como regra, portanto, que a necessidade de sistemas de concretização de direitos humanos e de design aprofundado na experiência da vítima é proporcional ao número de intersecções que agravam a violação.

Quanto à atuação do Ministério Público, o módulo administrativo permite um exame detalhado do relato e a redação processual simplificada, acrescida: a) do cálculo da pena virtual; b) da análise do cabimento da prisão cautelar.

Perceba-se que quanto mais sistemas são produzidos dentro da metodologia SJPCMI adotada pelo grupo Direito Ágil ODS, maior é o nível de integração entre os ramos do Direito e outras ciências. Cada módulo acrescenta algo ao conjunto.

Esse projeto permite, portanto, um microssistema de defesa de direitos humanos “de bolso”, barato, e replicável em qualquer país, especialmente nos mais miseráveis.

2.9 Custo de customização e implantação dos derivados do *Maria da Penha Virtual* – Fábrica de concretização de direitos humanos orientada pelos ODS/ONU/2030

A proposta de uma fábrica de projetos está validada no livro *A startup enxuta*: “[...] o único caminho sustentável para o crescimento econômico de longo prazo é criar uma ‘fábrica de inovação’ que use as técnicas da *startup* enxuta com o objetivo de criar inovações [...]”.

Os custos dessa fábrica de projetos se dividem entre: a) especialistas; b) oficina de *design thinking* (voluntário); c) *designers* (voluntário); d) programadores (voluntário); e) implantação e manutenção. Devem ser considerados, portanto, apenas: a) especialistas; b) implantação e manutenção.

O custo dos especialistas pode ser eliminado mediante trabalho voluntário de consultores, professores, membros, servidores, entre outros, *ou subsidiado por ONGs*.

Implantação e manutenção de projetos criados a partir da metodologia SJPCMI/Direito Ágil ODS são, como regra, acessíveis. Os custos, portanto, são baixos, uma vez que os projetos foram pensados para incentivar o voluntariado, e a parte realmente dispendiosa é fornecida gratuitamente.

2.10 Inteligência artificial, métricas acionáveis e formularização (toyotização de fluxos processuais digitizados)

O uso de inteligência artificial no Direito depende de tudo que foi explicado neste texto.

Não se trata de programação ou criação de códigos complexos. Inteligência artificial em Ciências Humanas/Sociais pressupõe a correta formularização da coleta de dados.

No evento CNJ INOVA (novembro de 2020), foram disponibilizados os dados estatísticos do Judiciário. Para efeitos de inovação, existem dois tipos de métricas, as que ajudam e as que não ajudam. As que ajudam são chamadas de métricas acionáveis, e elas são marcadas por permitir juízos de valor sobre qual caminho seguir para resolver um problema.²³ Pois bem, muito respeitosamente, identifiquei que ainda não trabalhamos com métricas acionáveis – úteis.

Significa dizer que a formularização em si é a chave para o uso de inteligência artificial e estudo estatístico adequado no campo da justiça (Judiciário, MP, Defensoria, Advocacia etc.). O salto qualiquantitativo que se espera da justiça depende diretamente da aplicação desta teoria, especificamente no que tange à formularização do acesso à justiça.

2.11 Riscos da não aplicação da teoria SJPCMI

Riscos sempre existem no uso ou no abandono de uma oportunidade.

²³ Métricas acionáveis *versus* métricas de vaidade (RIES, 2012).

O livro base *O dilema da inovação: quando as novas tecnologias levam empresas ao fracasso*²⁴ explica o que é uma inovação disruptiva, aquela que muda tudo e quebra um determinado mercado. Há dois exemplos claros: a) disquetes; b) filme fotográfico.

Talvez o leitor nem se lembre, mas disquete é o nome do dispositivo de entrada e saída de dados de um computador, usado até o ano 2000, no máximo. Ele foi substituído por outro dispositivo, muito mais caro e menos confiável (na época), o “*pen drive*”.

O filme fotográfico foi substituído pela captura em meio digital. Primeiro, câmeras que não precisavam de filme guardavam, em meio digital, a imagem capturada; depois, essas câmeras foram eliminadas pelos celulares com câmeras embutidas (ainda são fabricadas câmeras profissionais, mas as amadoras sumiram).

E o que isso tem a ver com a justiça? Nada.

O que deve a todos preocupar é que aplicativos *privados* estão substituindo serviços públicos e privados: a) táxis; b) hotéis; c) agências de viagem. Essas substituições, contudo, nem sempre são benéficas à sociedade.

Este texto propõe que o Poder Público assuma o papel de escolher qual caminho será tomado na prestação do serviço *justiça*. Se privado, como alguns sites de acordo já tentam fazer; ou público, como proponho.

O leitor pode não ter percebido que o aplicativo *Dano Moral Virtual* pode ser utilizado na esfera privada e eliminar os Juizados Especiais Cíveis. Sim, a formularização das lides pode tornar os Juizados Cíveis de tal forma obsoletos que a sociedade não mais irá utilizá-los. Nada que os Procons não tenham vivenciado com o surgimento dos Juizados.

Claro, o lucro não será socializado, apenas os prejuízos deste caminho, com a redução dos valores pagos a título de dano moral

24 CHRISTENSEN, Clayton M. *O dilema da inovação: quando as novas tecnologias levam empresas ao fracasso*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2012.

e a formação de uma jurisprudência privada. O que é perfeitamente possível em razão da aceitação pelo nosso ordenamento de sentenças arbitrais.

Traduzindo, está pronto um mecanismo privado de solução de conflitos capaz de questionar a existência de um serviço público. Existem, portanto, duas opções: a) esperar pelo inevitável (risco); b) implantar o inevitável via Poder Público.

3 Conclusão

A intenção da ONU ao criar a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, na qual estão contidos os ODS, é encontrar, para problemas universais, soluções com alto grau de escalabilidade e replicabilidade.

A concretização eficiente do acesso à justiça encontra amparo no ODS/ONU 16, mas a ausência de parâmetros prévios me levou a criar a nossa versão de metodologia ágil jurídica, dotada de diretrizes de inovação jurídica humanitária (vetor criativo).

A viabilidade das teses está bem demonstrada pela implantação do módulo “Vítima” do *Maria da Penha Virtual*, mas é importante otimizar o atendimento à vítima, tanto no *web app* quanto dentro do próprio Judiciário, o qual pode se beneficiar de um módulo administrativo, capaz de eliminar o retrabalho (QVT) e conferir maior celeridade processual.

A parceria entre Universidade e Judiciário (ODS 17) mostra-se produtiva no cumprimento do ODS 16 e na aplicação de outros ODS, no caso o ODS 5, *gênero*, como parâmetro de pesquisa.

Ademais, o fornecimento de uma metodologia específica, transdisciplinar, customizável e integrável permite que o processo judicial seja otimizado para que as vítimas hipossuficientes possam ter acesso à justiça, ao Judiciário, ainda que de modo preliminar, como no caso das medidas protetivas de urgência.

O Ministério Público Federal se destaca pela defesa de hipossuficientes, e o microssistema de defesa de direitos humanos pro-

posto na teoria SJPCMI/Direito Ágil ODS é capaz de otimizar a atuação ministerial.

A criação de assistentes de redação, multidisciplinares, customizados e integrados permite a otimização da atuação ministerial, em duas frentes: primeiro, na formação dos processos, via formulação; segundo, na redação de peças processuais.

A redação processual pode ser facilitada em aspectos gerais e específicos. Os aspectos gerais dizem respeito a questões de forma; os específicos, às questões de conteúdo.

Pareceres e recursos possuem requisitos estruturais mínimos, como cabeçalho, ementa, relatório, fecho etc. E, se se tratar de questão repetitiva, a própria fundamentação já se encontra minuída. No caso dos recursos especial e extraordinário, a forma (demonstração de prequestionamento, cabimento, tempestividade, entre outros) é ainda mais relevante e um exemplo de necessidade de toyotização do fluxo, com foco no controle de qualidade formal das peças e na eliminação do retrabalho. A repetição se intensifica no caso de respostas a recursos, o que favorece a sua digitização.

Quanto ao sistema proposto, *OIT 169 Virtual*, caso haja interesse institucional, proponho-me, sem ônus, a revisar o protótipo a partir de trabalhos de membros do MPF sobre o tema, entre os quais o *Manual de Atuação da 6ª CCR/PGR*²⁵ e a análise sobre o Estatuto do Índio.²⁶

Este é apenas o início de diálogo sobre a toyotização digitizada de fluxos processuais destinado à concretização de direitos humanos de hipossuficientes, tarefa para a qual todas e todos estão convidados.

25 BRASIL. Ministério Público Federal. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Territórios de povos e comunidades tradicionais e as unidades de conservação de proteção integral: alternativas para o asseguramento de direitos socioambientais*. Coordenação de Maria Luiza Grabner. Redação de Eliane Simões e Débora Stucchi. Brasília: MPF, 2014. (Série Manual de Atuação, 1). Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao/docs/manual-de-atuacao-territorios-de-povos-e-comunidades-tradicionais-e-as-unidades-de-conservacao-de-protecao-integral>. Acesso em: 15 abr. 2021.

26 VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio – Lei 6.001/1973*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 33. (Coleção Leis Especiais para Concursos).

Referências

BIASETTO, Daniel. Sob Bolsonaro, Funai e Ministério da Justiça travam demarcação de terras indígenas. *O Globo*, Rio de Janeiro, 3 jan. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/sob-bolsonaro-funai-ministerio-da-justica-travam-demarcacao-de-terras-indigenas-24820597>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Territórios de povos e comunidades tradicionais e as unidades de conservação de proteção integral: alternativas para o asseguramento de direitos socioambientais*. Coordenação de Maria Luiza Grabner. Redação de Eliane Simões e Débora Stucchi. Brasília: MPF, 2014. (Série Manual de Atuação, 1). Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao/docs/manual-de-atuacao-territorios-de-povos-e-comunidades-tradicionais-e-as-unidades-de-conservacao-de-protecao-integral>. Acesso em: 15 abr. 2021.

CHAVES, Hassany. A pena virtual como condição e limite ao encarceramento cautelar no ordenamento jurídico brasileiro. O cálculo da pena virtual como direito público subjetivo, ou como economizar um bilhão de reais, respeitando direitos humanos fundamentais. 2018. Disponível em: <http://direitoagil.com.br/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

CHAVES, Hassany. Sistemas Jurídicos Processuais Customizados Multidisciplinares Integrados – SJPCMI: concretização de direitos fundamentais/humanos e uma releitura tecnológica da doutrina brasileira do *habeas corpus*. 2019. Disponível em: <http://direitoagil.com.br/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

CHRISTENSEN, Clayton M. *O dilema da inovação: quando as novas tecnologias levam empresas ao fracasso*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2012.

EM 2017, 56 presos foram assassinados em massacre no Compaj. *G1*, [s. l.], 27 maio 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2019/05/27/massacre-em-2017-foi-o-maior-do-sistema-prisional-do-amazonas.ghtml>. Acesso em: 14 abr. 2021.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli. Teoria tridimensional do direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*.

Tomo: teoria geral e filosofia do direito. Coord. de tomo de Celso Fernandes Campilongo; Alvaro de Azevedo Gonzaga; André Luiz Freire. São Paulo: PUC-SP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/tridimensional-do-direito,-teoria#:~:text=Segundo%20Miguel%20Reale%2C15%20a,estrutura%20social%20necessariamente%20axiol%C3%B3gico%2Dnormativa>. Acesso em: 15 abr. 2021.

GUEDES diz que governo quebrou em todos níveis: federal, estadual e municipal. *IstoÉ Dinheiro*, [s. l.], 30 abr. 2020. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/guedes-diz-que-governo-quebrou-em-todos-niveis-federal-estadual-e-municipal/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

KNAPP, Jake. *Sprint: o método usado no Google para testar e aplicar novas ideias em apenas cinco dias*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. *E-book*.

RIES, Eric. *A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas*. São Paulo: Leya, 2012. *E-book*.

SEVERIANO, Adneison. No AM, 432 presos provisórios são libertados em mutirão após massacre. *G1 AM*, Manaus, 17 jan. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/no-am-432-presos-provisorios-foram-libertados-em-mutirao-apos-massacre.html>. Acesso em: 14 abr. 2021.

SUCATEADA, Funai usa mais de R\$ 1 milhão da covid-19 para comprar caminhonetes. *Estadão*, Brasília, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,sucateada-funai-usa-mais-de-r-1-milhao-da-covid-19-para-comprar-caminhonetes,70003279237>. Acesso em: 15 abr. 2021.

VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio – Lei 6.001/1973*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 33. (Coleção Leis Especiais para Concursos).

Anexo

Projeto de Lei

Dispõe sobre a o Acesso à Justiça, inovação jurídica e os Juizados Especiais de Direitos Fundamentais (vida e liberdade).

Rubrica: PRINCÍPIOS E CONCEITOS

Art. 1º A concretização de direitos humanos/animais é vetor e função social da inovação jurídica e obedece ao seguinte:

§ 1º Veda-se a desconcretização dos direitos a vida, integridade física, saúde e liberdade de locomoção.

§ 2º Exige-se o menor sacrifício possível de outros direitos de igual ou menor hierarquia.

§ 3º Qualidade de vida no trabalho, produtividade e sustentabilidade devem ser conciliadas e otimizadas pela digitização de fluxos processuais.

§ 4º O *ius postulandi* é reconhecido ao Autor sempre que pretender discutir a garantia do direito a vida, saúde, integridade física e liberdade, garantido o envio do pedido a Defensoria Pública, Advogado dativo designado pela OAB ou ao Ministério Público, conforme o Juízo entender necessário no caso concreto.

I - Considera-se:

a) digitização – o procedimento pelo qual uma peça processual, padrão ou não, é formulizada para ser entregue aos jurisdicionados, e sua elaboração partirá da decisão ou sentença para a petição inicial, de modo a garantir a maior efetividade possível, e seguirá as regras de design de produtos e serviços vigentes no mercado;

b) peça digitizada – a petição inicial, despacho, decisão, sentença ou o recurso que passou pelo processo de digitização;

c) fluxo processual digitizado – o conjunto de peças processuais necessárias à extinção do processo com julgamento do mérito, além das rotinas internas necessárias ao andamento do feito processual;

- d) formulário digitizado – o mecanismo de coleta de dados para a geração de peças digitizadas, o qual deve gerar banco de dados compartilhável com as partes e órgãos públicos para eliminar o retrabalho e garantir a celeridade processual e estudos estatísticos precisos;
- e) decisão digitizada – a decisão gerada a partir de minuta elaborada por formulário de digitização; será considerada total se houver digitização do relatório, fundamentação e dispositivo, com a geração de minuta editável e complementável; a fundamentação será composta por dois campos, um objetivo, outro textual, de modo a sempre garantir a individualização da fundamentação;
- f) customização – a customização de todas as etapas de cada processo para garantir o acesso à justiça de modo simplificado aos hipossuficientes em geral, de acordo com regras de design;
- g) integração – a integração tecnológica via aparelho celular e institucional entre os Tribunais e as Universidades/Ceditecs;
- h) interdisciplinaridade – a construção de colaborações interdisciplinares entre o processo e outras ciências, tais como psicologia, sociologia, antropologia, economia, medicina etc.;
- i) texto padronizado de decisão – todo o texto recorrente em modelos de decisão voltados para a solução de um conflito repetitivo;
- j) princípio de Pareto ou regra 80/20 – a relação ideal entre valor e esforço na concretização de um fluxo processual digitizado, suficiente à implantação de uma proposta de inovação, ainda que inacabada;
- k) MVP ou MPV – mínimo produto viável, em atenção ao princípio de Pareto, capaz de ser testado no Judiciário como política pública de acesso à justiça, ainda que inacabado;
- l) módulo integrável – o MVP, mínimo produto viável, desenvolvido com o objetivo de otimizar o fluxo processual, de acordo com as normas mínimas de integração estabelecidas pelo Judiciário, o qual será cedido gratuitamente à ONU;
- m) questão padronizada – toda questão recorrente, jurídica ou de prova, ainda que a repetição ocorra em classes processuais e matérias diferentes;

n) questão não padronizada – toda questão pouco recorrente, mas que pode ser abordada em campo textual separado;

o) métrica acionável – o conjunto de dados que deve ser utilizado para analisar as deficiências do atendimento ao cidadão e correlacionados a média de salário, dependentes, licenças médicas, formação dos servidores de cada vara, unidade judiciária etc., com o objetivo de melhorar a qualidade de vida no trabalho e a produtividade.

Rubrica: DA APLICAÇÃO DE METODOLOGIAS ÁGEIS AO PROCEDIMENTO PROCESSUAL

Art. 2º O processo decisório e o fluxo processual, desde o início, devem:

- a) conferir profundidade, celeridade e previsibilidade;
- b) priorizar os juízos de valor em detrimento da forma;
- c) evitar decisões superficiais mediante a individualização em campos específicos;
- d) aumentar o controle recursal e social, além de criar tempo para o aprofundamento.

Rubrica: DA DIGITIZAÇÃO

Art. 3º A digitização de fluxos processuais consiste em formularizar o procedimento processual e deve:

- I - priorizar a experiência do usuário e a interface do usuário;
- II - garantir densidade jurídica e probatória, com o objetivo de conferir:

§ 1º Ao usuário não formado em direito, a **capacidade postulatória inicial** em causas que versem sobre direitos humanos/animais (*HC*, *MPU* etc.), mediante o preenchimento de formulário exauriente das questões relevantes a cada processo e juntada da prova inicial minimamente adequada, com a digitização de peça processual adequada e sindicável pelo despacho saneador do Juiz.

§ 2º Ao Juízo e seus auxiliares, mecanismo de redação digitizada, voltado para o aprofundamento do exame do caso concreto, mas com base nos entendimentos jurídicos já firmados por ele e por isso padronizados.

III - adotar *kanban* processual informatizado, voltado para a densidade jurídica da redação, segundo o qual:

§ 1º A cada lide repetitiva deve corresponder um sistema informatizado especializado capaz de preveni-la ou solucioná-la.

§ 2º A cada peça jurídica repetitiva (petição, decisão, sentença e recurso) deve corresponder um sistema informatizado customizado/especializado e integrado capaz de otimizar a redação, observando os requisitos gerais e específicos, e os eventuais cálculos inerentes àquela lide.

§ 3º A cada lide deve corresponder um sistema de revisão de coerência com os precedentes vinculantes dos Tribunais *ad quem* – inteligência artificial –, capaz de alertar o usuário para a possível incidência de precedentes (robô de baixa complexidade) e eventual violação (robô de média complexidade).

§ 4º A digitização do fluxo processual de ações e questões padronizáveis abrange relatório, fundamentação e dispositivo das decisões e sentenças, mas a minuta gerada será editável para viabilizar as individualizações necessárias.

§ 5º Precedentes, vinculantes ou não, serão integrados aos fluxos digitizados, com mecanismo que permita a verificação da superação e distinção.

§ 6º Em ações ou questões não padronizáveis, a digitização se limita ao relatório e, no que for possível, pode ser aplicada à fundamentação e ao dispositivo como assistente de redação.

IV - adotar o *PDCA* em cada lide repetitiva, após o término do trabalho, determinando-se que todo operador jurídico deve:

§ 1º Ser qualificado gratuitamente para a inovação e elogiado.

§ 2º Propor a alteração legislativa e/ou administrativa capaz de evitar ou solucionar o conflito.

§ 3º Propor a Automatização/Digitização pertinente, conforme as diretrizes desta Lei.

V - afastar a reserva do possível com o fomento da participação da sociedade na efetivação do processo judicial, pela integração de recursos informáticos – sistemas, bases de dados, redes sociais, computadores e celulares – com bases educacionais, de voluntariado e financiamento coletivo;

VI - fomentar:

§ 1º O envio/análise de propostas de inovação, mediante o cadastro em plataforma de discussão (fórum).

§ 2º Oficinas de *design thinking*.

§ 3º O trabalho voluntário interdisciplinar junto às universidades, mediante a qualificação gratuita para a inovação jurídica interdisciplinar e adoção de sistema para cadastro de projetos e voluntários (*github* jurídico).

VII - fornecer *sandbox* para o aprimoramento do processo judicial, voltado para:

§ 1º A celeridade, eficácia e segurança no atendimento de demandas com risco de morte, com a digitização do processo, da fase inicial à decisão.

§ 2º O atendimento de demandas repetitivas de escala nacional ou global (*HC, MPU* etc.).

§ 3º Integração da sociedade com a efetivação do processo judicial, com base no voluntariado e financiamento coletivo para a concretização de políticas públicas.

VIII - a digitização de pedidos é de responsabilidade do CNJ e dos Tribunais e observará a recorrência das demandas na primeira instância;

IX - a digitização de decisões/sentenças observará:

§ 1º O princípio de Pareto (regra 80/20), na recorrência do pedido e no texto padrão.

§ 2º A escolha de peças processuais repetitivas deve utilizar sistema de detecção de plágio para indicar onde está o maior nível de repetição por classificação única da justiça federal e classe processual.

§ 3º Peças não repetitivas podem ser formularizadas, de modo a acelerar o processo de redação.

§ 4º Questões repetitivas devem ser formularizadas para atender peças repetitivas ou não repetitivas.

§ 5º Cada vara, por suas secretarias, poderá criar sua coleção de decisões e sentenças digitizáveis, bastando a utilização de esquema de cores para determinar o que é texto padrão.

X - o juízo de valor por ser humano não pode ser substituído por IA, mas o processo decisório deve ser otimizado, célere e isonômico;

XI - a compensação do dano moral obedecerá ao critério bifásico do STJ, que informará, anualmente, os patamares mínimo e máximo, bem como os fatores influenciadores do cálculo.

Rubrica: INOVAÇÃO JURÍDICA

Art. 4º A inovação jurídica, pública ou privada, deve:

I - atender a função social da inovação jurídica;

II - respeitar a dignidade do jurisdicionado;

III - minimizar os riscos de prejuízo à concretização de direitos fundamentais;

IV - se abster de amesquinhar o valor devido ao jurisdicionado e ao advogado.

Art. 5º O Judiciário deve elaborar relatório anual sobre a implantação de inovações jurídicas oriundas de parecerias (ODS 17), informativo sobre:

a) dano e risco de dano;

b) ações de inovação.

Art. 5º-A As universidades públicas promoverão a interdisciplinaridade, customização e integração, em oficinas de inovação.

I - serão incentivados trabalhos de conclusão de curso com viés interdisciplinar, facilitados em oficinas de inovação, nos quais o esforço demonstrado terá preponderância sobre a qualidade ideal e será relevada a ausência de bibliografia quando a ideia desenvolvida for relativamente original, admitida a participação de integrantes de faculdades distintas na mesma monografia;

II - a disciplina inovação jurídica será oferecida, como optativa, em todas as faculdades, de Direito ou não, como instrumento de concretização interdisciplinar de direitos humanos.

Art. 5º-B Os voluntários em projetos de inovação ou na execução das tarefas deles decorrentes, em concursos públicos, serão pontuados com o dobro de pontos correspondente à prática jurídica.

Rubrica: DESPACHO SANEADOR VIRTUAL

Art. 6º Autuado o pedido formularizado, o Juiz(a) decidirá sobre a necessidade de:

- a) emenda da inicial;
- b) perito voluntário para a elaboração de esboço de laudo;
- c) remessa a Defensoria Pública, Advogado dativo designado pela OAB, ao Ministério Público ou órgão público pertinente;
- d) produção de prova complementar a juntada pelo Autor.

Art. 7º A Decisão que indefere o pedido de Medida Protetiva de Urgência previsto na Lei Maria da Penha extingue o processo sem julgamento do mérito, na forma do art. 485 do CPC, e dela o Réu não será intimado ou citado, nem caberá recurso.

I - a vítima de violência doméstica não será intimada da decisão que determinar a emenda da inicial e neste ato será representada pela Defensoria Pública, por Advogado Dativo designado pela OAB ou pelo Ministério Público;

II - decorridas 48 horas do protocolo do pedido, sem o deferimento, presume-se indeferida a Medida Protetiva de Urgência, a qual poderá ser solicitada novamente e não está sujeita a preclusão ou preempção, bastando a juntada de novos relatos e documentos.

Art. 8º A Justiça do Trabalho oferecerá petição digitizada e integrada a calculadora trabalhista, de livre acesso.

Parágrafo único. O trabalhador poderá ingressar em juízo sem advogado para evitar a prescrição, mas o prosseguimento do feito depende da constituição de advogado ou defensor público, os quais poderão emendar a inicial ou recomendar a desistência da ação, sem ônus, mesmo após a intimação do Réu/Reclamado.

Art. 9º Os juizados especiais cíveis oferecerão petição digitizada integrada a calculadora de dano moral pelo sistema bifásico do STJ ou trifásico.

Parágrafo único. A petição formularizada incluirá proposta de acordo equivalente a 65% do valor médio apurado para a causa conforme tabela bifásica do STJ, pagável em 03 parcelas de igual valor, caso o Autor não se oponha expressamente no preenchimento do formulário.

Art. 10. A minuta de decisão ou sentença será enviada ao Juiz togado, após ser gerada por Juiz leigo, servidor, estagiário ou voluntário.

Parágrafo único. O relatório será composto apenas por dados formularizados inseridos em texto padrão; o sentido da conclusão será informado no início; a fundamentação será composta de parte padrão e não padrão, formularizado por campos objetivos e textual.

Art. 11. A justiça penal oferecerá petição de *habeas corpus* digitizada e integrada a calculadora de pena virtual e a prisão cautelar será limitada pelo total da pena virtual, caso não haja outras penas, observadas as regras de detração, remição, sursis e livramento condicional.

I - a pena virtual será calculada na audiência de custódia e servirá de condição e limite à prisão cautelar, bem como ao exame do art. 316 do CPP;

II - a decisão sobre prisão cautelar e o art. 316 do CPC pode ser digitizada, observada a necessidade do preenchimento textual do campo fundamentação.

Art. 12. A execução de sentenças coletivas será, preferencialmente, pela via digitizada, e dependerá da juntada dos documentos exigidos pelo Juízo. A cada execução individual de sentença coletiva caberá uma calculadora customizada.

Art. 13. Laudo pericial. A produção de prova pericial, dentro ou fora do processo, deve ser objeto, em questões repetitivas, de formularização dos quesitos mínimos já reconhecidos pela jurisprudência.

Parágrafo único. Nos demais casos, a formularização será oferecida por meio de campo texto para que sejam informados o quesito e em seguida a resposta do perito.

Art. 14. A redação processual, em lides não repetitivas, poderá ser assistida por sistema de escolha de itens repetitivos e importação destas questões, preliminares e de mérito, já resolvidas em qualquer outro caso.

Rubrica: JUIZADOS ESPECIAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – VIDA, SAÚDE E LIBERDADE

Art. 15. É facultada a criação de Juizados Especiais de Direitos Fundamentais:

I - a competência territorial poderá ser ignorada se necessário à preservação do direito à vida, integridade física ou saúde, na forma do art. 64 do CPC/15;

II - plantões nacionais podem ignorar a competência territorial, desde que previamente ajustado entre os tribunais;

III - o *ius postulandi* digitizado previsto no art. 27 c/c 19 da Lei 11.340/2006 c/c art. 4º, § 2º, da Lei n. 14.022, de 07/07/2020, é estendido a todas as causas que versem sobre a garantia do direito a vida, integridade física e saúde de hipossuficientes (mulheres, idosos, crianças, adolescentes, pessoas em situação de rua, povos tradicionais, pessoas com deficiência etc.);

IV - o médico do hipossuficiente, particular ou do SUS, poderá iniciar o processo para o fornecimento de medicamento ou tratamento cirúrgico, pela via digitizada, especificando o medicamento ou tratamento, o motivo técnico pelo qual houve a escolha e a ausência de outras opções; este processo submete-se ao despacho saneador virtual e, após o exame do pedido, os autos serão enviados a Defensoria, Advogado Dativo designado pela OAB ou ao Ministério Público;

V – os *habeas corpus* referentes ao cálculo da pena virtual não serão objeto de conhecimento nestes juizados e seguirão a competência comum.

Rubrica: EDUCAÇÃO JURÍDICA

Art. 16. A cada fluxo processual digitizado deve corresponder uma aula em vídeo sobre o direito em discussão e as principais questões a ele relacionados.

Art. 17. As concessionárias ou delegatárias de serviços públicos e os Bancos manterão sistema de atendimento integrado aos Juizados Especiais, de forma a eliminar o retrabalho dos consumidores no preenchimento, pelo qual será possível preencher o formulário digitizado e importar os dados do atendimento, por escrito e em áudio, para a petição inicial digitizada.

Parágrafo único. O empregado envolvido no atendimento não será punido por executar a política da empresa, mas será cientificado sobre o número mensal de condenações da empresa referentes aos atendimentos de que participou.

Art. 18. As empresas de atendimento ao consumidor informarão seus empregados sobre os direitos do consumidor e os principais casos de condenação em dano moral, além de fornecer videoaula sobre os temas.

Art. 19. O Judiciário, por meio de parcerias com os Ceditecs, deve fornecer a todo Juiz, servidor, estagiário, terceirizado e voluntário acesso a videoaulas sobre noções de design e inovação aplicadas ao procedimento processual, bem como oficinas de inovação processual.

Art. 20. O Judiciário divulgará metodologia de trabalho capaz de fomentar a produção de módulos processuais integráveis à base já existente, no formato MVP, os quais servirão de parâmetro para a realização de gincanas (*hackatons*) abertas ao público interno e externo, as quais obedecerão ao seguinte:

I – foco:

- a) densidade jurídica e probatória;
- b) interdisciplinaridade, customização, integração de tecnologias e instituições e digitização de fluxos processuais;
- c) aplicação de técnicas de design jurídico ao fluxo processual.

II - etapas:

- a) análise da questão jurídica, formularização e interface jurídica simplificada;
- b) interface de usuário e motor (a programação em si);
- c) integração ao Judiciário via Ceditecs/Universidades;
- d) participação social, por mutirão e financiamento coletivo de projetos.

Rubrica: FINANCIAMENTO COLETIVO DE FUNDO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Art. 21. O Judiciário terá acesso a fundo privado de financiamento coletivo que poderá ser utilizado para efetivar ações voltadas para a concretização do direito à vida.

I - o pagamento de horas extras a médicos e enfermeiros do SUS poderá ser feito para garantir o cumprimento de decisões judiciais referentes a tratamentos médicos;

II - o pagamento de combustível, salários e horas extras, dentre outros, à patrulha Maria da Penha;

III - serão disponibilizadas tornozeleiras de cor rosa, dotadas de sistema de alarme sonoro;

IV - aplicativo, não sujeito a uso de dados, para o monitoramento de aproximação pela vítima, amigos, familiares e síndico.

Parágrafo único. O fundo será ressarcido quando determinado em sentença.

Art. 22 [...].

Rubrica: ESTATÍSTICAS

Art. 23. Os dados atualmente coletados pelo CNJ serão convertidos em métricas acionáveis e utilizados para analisar as deficiências do atendimento ao cidadão e correlacionados à média de salário, dependentes,

licenças médicas, formação dos servidores de cada vara, unidade judiciária etc., com o objetivo de melhorar a qualidade de vida no trabalho e a produtividade, bem como reduzir o tempo de tramitação processual.

Art. 24. Ao finalizar o formulário digitizado, o Jurisdicionado terá acesso à expectativa de demora média em cada etapa do processo, na vara local, no estado e no País.

Art. 25. Dados sensíveis do Jurisdicionado serão coletados para que a violação interseccional de direitos fundamentais possa ser combatida.

Rubrica: CEDITECS E EMENDA PARLAMENTAR

Art. 26 [...].

Art. 27 [...].

Art. 28 [...].

Art. 29 [...].

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 30. Os Tribunais têm o prazo de 24 meses para adaptar os seus sistemas processuais e customizar as decisões digitizadas em qualquer processo, classe, matéria, com foco na eliminação do retrabalho.

Parágrafo único. Os dados processuais serão disponibilizados para a digitalização de peças processuais pela Defensoria, Advogados dativos indicados pela OAB, Advocacia Pública e Ministério Público, especialmente petições iniciais, recursos e pareceres.

Art. 31. Gratuitamente, todos os módulos integráveis testados serão cedidos à ONU para auxiliar a concretizar os objetivos de desenvolvimento sustentável propostos na agenda 2030 – ODS/ONU/2030.

Análise acerca dos contratos de transporte no ordenamento jurídico brasileiro

Júlia Martins Machado

Advogada. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil.

Resumo: O presente artigo visa explorar as características do contrato de transporte, analisando seus aspectos gerais, bem como realizar um apanhado das jurisprudências mais recentes acerca dos casos mais controversos. Analisará os contratos de transportes de pessoas e coisas; serão abordados, ainda, dentro de cada um desses tópicos, os conceitos, suas variações, o que vem sendo discutido acerca deles e da aplicação das normas gerais diante das específicas em alguns casos, como o do contrato de transporte aéreo internacional. Assim, por meio de um apanhado jurisprudencial, doutrinário e legal, passamos a um estudo do contrato em si.

Palavras-chave: Direito civil. Contrato de transporte. Transporte de pessoas. Transporte de coisas. Responsabilidade civil. Transporte aéreo.

Abstract: This article is going to explore the characteristics of the transport contract, analyzing his general aspects. As well, carry out an overview of the most recent jurisprudence on controversial cases. In this, analyzes of contracts for transporting people and things will be developed; the concepts and their variations will also be developed within each of these topics, which has been discussed about them and the application of general rules to specific ones in some cases, such as international air transport contracts. Thus, through a jurisprudential, doctrinal and legal overview, we proceed to an analysis of the contract itself.

Keywords: Civil law. Transportation contract. Transportation of people. Transportation of things. Civil responsibility. Air Transport.

Sumário: 1 Introdução 2 Contrato de transporte – noções gerais. 3 Espécies. 3.1 Transporte de pessoas. 3.1.1 Transporte gratuito.

3.1.2 Transporte coletivo. 3.2 Transporte de coisas. 3.2.1 Transporte de cargas específicas. 3.2.2 Transporte internacional. 4 Conclusão.

1 Introdução

Com o presente trabalho, objetiva-se estudo do contrato de transporte com abordagem de seus aspectos gerais e seus principais casos de responsabilização pelo cometimento de danos aos usuários dos serviços acordados, por meio de análise da legislação, do entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Faz-se diferenciação do momento em que se devem aplicar normas previstas no próprio Código Civil, consideradas como normas gerais do contrato trabalhado, e do momento em que deve ser utilizada legislação diversa, mais específica.

Há ainda, breve introdução a casos específicos em que se utiliza de Convenção internacional, ou da própria Constituição. Deixam-se, por fim, certos questionamentos acerca de sua aplicação menos vantajosa ao consumidor em caso de transporte internacional.

2 Contrato de transporte – noções gerais

O contrato de transporte é contrato bilateral, firmado com intuito de realizar deslocamento de coisa ou pessoa de um local a outro, de forma onerosa, com assunção dos riscos do trajeto por uma das partes. Esse transporte pode ser realizado por meio aquático, terrestre ou aéreo.¹

Esse contrato tem sua definição prevista no art. 730 do Código Civil,² estando suas especificações regulamentadas nos artigos seguin-

1 TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 613.

2 BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

tes; as normas específicas, por sua vez, são previstas em legislação apartada e aplicadas aos casos concretos a depender da situação.

Os sujeitos da relação contratual de transporte são os remetentes/expedidores/carregadores, responsáveis por entregar o produto a ser deslocado aos responsáveis pelo percurso; o transportador/condutor, responsável pelo deslocamento em si; e o destinatário/consignatário, que é quem receberá os objetos.³

Quando se tem esse tipo de relação jurídica, pode surgir entre as partes vínculo de consumo,⁴ se estiverem presentes os quesitos essenciais – como a celebração do contrato por pessoas que estejam em diferentes graus de vulnerabilidade ou que o produto do contrato não seja para continuação da atividade, mas sim para destinatário final,⁵ entre outros. Nesses casos, deve ser utilizado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), ponderando suas regras gerais de contratos aos quesitos previstos no Código Civil (CC), para o contrato específico, como se pode demonstrar pela seguinte decisão do TJDFT:⁶

JUIZADO ESPECIAL. CDC. CONTRATO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIRO. TARIFA PROMOCIONAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. REEMBOLSO. POSSIBILIDADE. NORMALIZAÇÃO DA EMPRESA. TRECHO DE VOLTA. NO SHOW. IMPOSSIBILIDADE DE EMBARQUE. MOTIVO DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE CULPA. RESOLUÇÃO CONTRATUAL (ART.

3 VENOSA, S. de S. *Direito civil*. Vol. 3: contratos. 19. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. p. 665.

4 TARTUCE, 2017, p. 614.

5 SOUZA, Sylvio Capanema de. *Direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 23.

6 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. *Apelação*. Juizado especial. CDC. Contrato de transporte de passageiro [...]. ACJ: 20110111035989 - DF 0103598-15.2011.8.07.0001. Relatora: Diva Lucy de Faria Pereira. Brasília, 11 de março de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115327929/apelacao-civel-do-juizado-especial-acj-20110111035989-df-0103598-1520118070001?ref=serp>. Acesso em: 11 dez. 2019.

248, CC). DANO MORAL. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. NAO CARACTERIZAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1.A DEFINIÇÃO DE FORNECEDOR E CONSUMIDOR E RELAÇÃO DE CONSUMO, PARA FIM DE ENQUADRAMENTO DA RELAÇÃO JURÍDICA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 8.078/90 - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - ESTÁ NOS SEUS ARTIGOS 2º E 3º. 2. NAS RELAÇÕES DE CONSUMO, QUALQUER PRESUNÇÃO QUANTO A EXISTÊNCIA DE DEFEITO OU VÍCIO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, SERÁ EM DESFAVOR DO FORNECEDOR E NÃO DO CONSUMIDOR, SOB PENA DE RETIRAR DELE A RESPONSABILIDADE OBJETIVA E INVERTER O ÔNUS DA PROVA CONTRA A PARTE MAIS VULNERÁVEL. [...] (TJ-DF - ACJ: 20110111035989 DF 0103598-15.2011.8.07.0001, relator: Diva Lucy de Faria Pereira, data de julgamento: 11.3.2014, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, publicado no *DJE*: 31 mar. 2014, p. 343).

Em casos de utilização do contrato de transporte como atividade-meio, o STJ já concluiu pelo afastamento do uso do CDC, ficando restrito ao vínculo contratual cível/empresarial;⁷ até porque, em regra, não há vínculo de consumo em atividade-meio.

O contrato em tela é bilateral, consensual, comutativo, típico, não formal, e oneroso;⁸ ou seja, é acordo de vontades, firmado entre duas ou mais pessoas, em que há deveres para ambas as partes envolvidas.

Esse contrato é previsto no Código Civil, mas tem forma livre, podendo ser pactuado de forma escrita ou verbal, com liber-

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Resp. 1.669.638 - SP (2017/0101206-0)*. Direito civil e do consumidor. Recurso especial. Ação de reparação de danos materiais. Contrato de transporte rodoviário de cargas. Produto que chega deteriorado ao ponto de destino. Aplicação do CDC afastada. Ausência de relação de consumo. Recorrente: Pomar Novo Exportação e Importação e Exportação LTDA. Recorrido: Reiter Transportes e Logística LTDA. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de junho de 2018b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1725480&num_registro=201701012060&ata=20180625&formato=PD. Acesso em: 2 dez. 2019.

8 VENOSA, 2019, p. 663.

dade de negociação entre os envolvidos, em troca de recompensa financeira às partes. Exemplo: A transportadora X se compromete a levar mercadorias de um local a outro em troca de um valor previamente estabelecido com Y, além de condições de entrega e outros que devem ser acordados.

É importante destacar que, por ser um contrato e, portanto, uma pactuação de vontades, as obrigações são recusáveis. A parte que realizará o transporte pode se negar a levar certo tipo de objeto, por exemplo os ilícitos; não receber encomendas mal embaladas; requerer reajuste de preços caso haja onerosidade excessiva por fato novo ou cobrança de maior valor a depender do trajeto, entre outros.⁹

Grande parte dos contratos de transporte firmados são contratos de adesão,¹⁰ para facilitar as relações diárias, mais corriqueiras. Exemplo disso é a compra de passagem aérea, que já vem com suas cláusulas previamente estabelecidas no ato da compra, devendo apenas ser aceitas pelo que contrata o serviço. Relativiza-se assim o princípio da liberdade contratual quanto à discussão das cláusulas entre as partes, mas se aplica a função social quanto à contratação mais simplificada e ágil entre os contratantes.

Certamente pode ser firmado contrato de transporte em que as partes vão discutir todas as cláusulas, para então haver de fato a contratação. Mas, em suma, as relações de transporte costumam ser bem definidas quanto a cláusulas pré-estabelecidas por uma das partes, havendo de outrem apenas a aceitação.

Nos casos em que houver contratação por contrato de adesão, deve ser aplicada a regra geral deste contrato, prevista nos arts. 423 e 424 do Código Civil, segundo o qual, em caso de haver possibilidade de interpretar cláusula com mais de uma forma, deve ser aplicada a mais benéfica ao aderente, uma vez que o outro já teve o benefício de criá-la.

9 VENOSA, 2019, p. 668.

10 TARTUCE, 2017, p. 614.

Cumpra ainda destacar que o contrato de transporte pode ser cumulativo, ou seja, que várias pessoas se comprometam com o transporte, das coisas ou pessoas. Por se tratar de contrato de resultado, todos estes respondem de forma objetiva e solidária pelos problemas que vierem a ocorrer com a entrega.¹¹

Em casos de contratos cumulativos, há geralmente terceirização do serviço de uma empresa a outra e por isso ambas assumem responsabilidade solidária diante do contratante dos serviços.

Ocorre que pode haver contratação de serviços não cumulativos, mas simultâneos, ou seja, uma empresa se responsabiliza por um trajeto e, ao entregar a outra empresa o produto para que esta termine a entrega, ela deixa de se responsabilizar pelo trajeto da outra. Isso ocorre diante do fato de que quem contrata os serviços costuma fazer de forma particular com cada uma. É também diferenciada a contratação porque cada empresa se compromete com trecho específico e, ao terminar o trecho e havendo a entrega, por ser seu contrato com resultado de fim, também há o fim da responsabilidade com a carga.

Exemplo dessa relação sucessiva é a que ocorre com o extravio de bagagens, quando se contratam voos sequenciais com empresas diferentes. A partir do momento da mudança de voo, seja da bagagem, seja do passageiro, a responsabilidade da empresa anterior se finda e dá-se início à da próxima. Assim, é responsável pelo extravio apenas aquela que foi contratada para realizar o transporte no trecho em que ele ocorreu.

3 Espécies

Os contratos de transporte podem ser subdivididos em duas categorias, o contrato relativo ao transporte de pessoas e ao de coisas, que serão mais bem exemplificados a seguir.

¹¹ TARTUCE, 2017, p. 620.

3.1 Transporte de pessoas

O transporte de pessoas ocorre com a transferência destas ao local combinado, seja por meio de viagem curta, como ocorre em táxi, seja de mais longas, como em aviões, navios e outros.

A contratação pode ter início com o chamado do táxi, com a compra da passagem, com acordo verbal das partes combinando o transporte, ou em outro momento, entre outros; não há forma certa para tal contrato.

Cabe destacar que a responsabilidade do contratado não se inicia com o momento da contratação, mas com o da execução do trajeto, por exemplo com o embarque do passageiro, e tem seu término com o desembarque.¹² Tanto é assim que, em casos de dano sofrido no embarque ou desembarque, cabe à transportadora arcar com os danos.

O STF lançou súmula de número 187, em que é ressaltada a responsabilidade do transportador, mesmo em casos de fato de terceiro, em que a culpa não foi do transportador, devendo este arcar com os danos e podendo entrar com ação regressiva contra o verdadeiro causador do dano.¹³ Assim, pode se concluir que apenas a culpa exclusiva da vítima e eventos fortuitos excluem o dever de indenizar do contratado¹⁴ e que as cláusulas de não indenizar previstas no contrato devem ser consideradas nulas, mas podem colocar limite máximo para a indenização.¹⁵ O STF possui a súmula de n. 161 nesse sentido, deixando clara a nulidade

12 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. Vol. 4: contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 187*. A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_13_capSumula187.pdf. Acesso em: 2 dez. 2019.

14 GAGLIANO, 2019, p. 639.

15 VENOSA, 2019, p. 672.

deste tipo de cláusula, já que prevê: “Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar”.¹⁶

É direito do transportador não permitir que alguém que cause risco ao transporte, ou que haja de forma inconveniente com o transportador ou com os demais transportados, integre a rota; ou seja, um passageiro pode ser retirado do ônibus em caso de estar causando risco aos demais presentes ou ao transporte em si.¹⁷ Exemplo disso é quando um dos passageiros se alcooliza na viagem e causa tumultos, prejudicando o conforto dos demais e até mesmo a direção segura daquele que está promovendo o transporte. Havendo, por sua vez, desnecessidade de indenização no caso de essa ser a única causa do risco.

O transporte de pessoas é em geral um serviço público¹⁸ e não deve haver o impedimento de nenhum passageiro, apenas em caso dos motivos supramencionados. Isso por se tratar de forma de concretizar o direito de ir e vir de locomoção, previsto no art. 5º, XV, da Constituição Federal¹⁹ e que é direito fundamental assegurado a todos, podendo ser restringido apenas em casos necessários, o que é ressaltado pelo art. 739 do Código Civil.²⁰

É interessante destacar que existe direito de arrependimento nos casos de desistência de viagem, em tempo hábil que deve constar do contrato feito entre as partes, que costuma ser de 24 ou 48 horas antes da data estabelecida para o cumprimento do transporte. Isso porque, para que o transportador não seja prejudicado, deve haver tempo plausível para que este revenda aquela passagem e não tenha prejuízo.²¹

16 TARTUCE, 2017, p. 623.

17 VENOSA, 2019, p. 675.

18 VENOSA, 2019, p. 676.

19 “Art. 5º. [...] XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;”

20 BRASIL, 2002.

21 VENOSA, 2019, p. 676.

Apesar dessa previsão, a Lei n. 11.975/2009 traz possibilidade de troca da passagem ou remarcação da viagem mesmo após o seu acontecimento e sem prévio aviso, no prazo de 1 ano, pelo comprador. Ocorre que poderá haver penalidades administrativas para essa solicitação tardia, como a cobrança de taxa para remarcação ou de multa para a devolução de valores, todos abarcados e limitados por essa mesma lei.²² Caso em que outra pessoa seja transportada em vez do contratante, mesmo que a desistência se dê durante o percurso, deve ser passível de indenização no respectivo valor do trecho não utilizado.²³

Tendo em vista essas desistências, as empresas costumam realizar prática denominada como “*overbooking*”, que é a venda de mais passagens do que o transporte comporta, visando, em caso de desistência de uns, já ter realizado o preenchimento prévio por outros. Isso causa outro problema, pois, se não houver essas desistências, a empresa responsável se deparará com quantia maior de passageiros do que de vagas, não tendo como realizar o transporte. Caso isso ocorra, a jurisprudência entende que os passageiros restantes devem ser remanejados de outra forma para que cheguem ao destino, seja em um próximo voo, seja até mesmo em outro meio, como em casos que há contratação do serviço aéreo, e o transporte acaba sendo realizado pelo meio terrestre, já que o principal objetivo do contrato de transporte é a chegada ao local acordado inicialmente pelas partes.

Além disso, os prejudicados por esta prática comum entre as empresas de transporte aéreo podem exigir indenização, já que é pacífico ser este dano considerado como configurado *in re ipsa*.²⁴

22 BRASIL. Lei n. 11.975, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre a validade dos bilhetes de passagem no transporte coletivo rodoviário de passageiros e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11975.htm. Acesso em: 2 dez. 2019.

23 BRASIL, 2002.

24 SÃO PAULO. 38ª Câmara de Direito Privado. *Apelação AC 1000636-76.2019.8.26.0100 - SP*. Apelante: Vivian Debre Garcia e outros. Apelado: LATAM Airlines Group S.A. Relator: Eduardo Siqueira. Data: 13 de setembro de 2019. Disponível em: <https://tj-sp>.

Outro caso de indenização é o de abandono de passageiros em alguma parada no caminho, ou de abandono de parte da bagagem por sobrepeso, com decisões de diversos Tribunais conferindo o direito aos contratantes.

Por sua vez, em casos de furtos ou roubos ocorridos em ônibus durante a prestação do serviço de transporte, o STJ já decidiu pela exclusão da responsabilidade em indenizar os danos sofridos, por considerá-los como de caso fortuito ou força maior.²⁵

Considerando que o dever do contratado é realizar o transporte, a contraprestação do contratante é arcar com o valor acordado para a realização de tal feito. Sendo assim, é previsto em lei que, em caso de falta do pagamento, antes de ter de entrar com ação de cobrança, ou algo assim, o transportador tem o direito de reter a bagagem dos passageiros e outros objetos pessoais para garantir a realização do pagamento que não foi realizado de forma anterior ou durante o transporte.²⁶

3.1.1 Transporte gratuito

É o serviço que não busca nenhum tipo de recompensa, sendo realizado a bel-prazer, por amizade ou apenas como forma de ajuda, de benevolência.

Não é transporte gratuito aquele em que mesmo de forma indireta o prestador lucre com o feito. Exemplo disso são as concessões administrativas do serviço de transporte público, no qual algumas pessoas não precisam realizar o pagamento para utilizá-lo, como no caso de pessoas com mais de 65 anos, estudantes e outros. Esses não estão usufruindo de transporte gratuito, apesar de não estarem pagando de forma direta pelo serviço prestado, mas de

jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756830177/apelacao-civel-ac-10006367620198260100-sp-1000636-7620198260100?ref=serp. Acesso em: 2 dez. 2019.

25 TARTUCE, 2017, p. 623.

26 BRASIL, 2002.

serviço no qual há intuito de lucro pela empresa contratada para prestação do serviço; e, assim, o seu prestador fica obrigado, para fim de responsabilização, com referência aos que não pagam, como se pagantes fossem, consoante firmado pelo entendimento judicial.

Em caso de transporte realmente gratuito, por sua vez, o transportador responderá apenas em caso de dolo, ou seja, a responsabilidade ora objetiva, prevista no transporte oneroso, deixa de sê-lo e passa a ser subjetiva. Cabe, assim, a comprovação de dolo ou culpa grave por parte do transportador, para que implique ressarcimento de dano gerado.²⁷

Esse entendimento já foi contrariado em súmula do STJ, a de número 145,²⁸ o que vem sendo rediscutido pela doutrina, em que parte defende o entendimento do Tribunal e parte acredita que deve haver a comprovação de dolo ou culpa grave para que seja realizada indenização, incentivando-se assim ao oferecimento de caronas.²⁹

Nesse sentido, quando o transportador cobrar pela gasolina ou pedágio, como “ajuda” pela carona, o transporte deixa de ser gratuito e passa a ser oneroso.³⁰

3.1.2 Transporte coletivo

O transporte coletivo é aquele realizado para mais de um indivíduo, podendo ter sua contratação realizada de forma individual por cada uma das partes e execução em conjunto ou já de forma coletiva.³¹

27 VENOSA, 2019, p. 679.

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 145*. No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave. Disponível em: Acesso em: 2 dez. 2019.

29 TARTUCE, 2017, p. 629.

30 TARTUCE, 2017, p. 630.

31 TARTUCE, 2017, p. 628.

Essa modalidade de transporte normalmente conta com regras como a não importunação dos demais passageiros e outras que impeçam que um único indivíduo torne aos demais desagradável ou inviável o trajeto, podendo este ser impedido de realizar o percurso desejado caso insista na conduta.

Esses serviços podem ser privados, a exemplo de empresas como a Uber, que oferece o transporte de mais de uma pessoa, ou podem ser provenientes de concessões do Poder Público, devendo, além de seguir as normas do contrato de transporte para com o consumidor, ser passíveis de responsabilização por conta de se encaixarem no art. 37, § 6º, da Constituição Federal,³² que prevê responsabilização objetiva para pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço ao Poder Público.

Essa responsabilização tem início com o embarque do passageiro e vai até o momento do seu desembarque, a não ser que o local para o embarque também seja de responsabilidade da prestadora de serviços, que aí se responsabilizará desde o momento em que a pessoa adentrar no local,³³ como é o caso de estações de trem – exemplo é o das estações de trem de passageiros da companhia Vale do Rio Doce, que corta os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo realizando transporte coletivo –; nesse caso, a partir do momento em que o passageiro entrar na estação, já está amparado pela responsabilização da empresa.

Situação distinta é a que ocorre para espera em aeroportos, nos quais uma empresa é responsável pelo local e as outras pelo transporte, não se estendendo a responsabilização destas ao local de espera.

32 “Art. 37. [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

33 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação n. 2019.0000460651*. Apelante: Fabio Moreira. Apelado: Companhia do Metropolitano de São Paulo. Relator: Décio Rodrigues. Data de julgamento: 10 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-metro.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

Muitas empresas tentam afastar sua responsabilidade colocando em seus contratos de adesão a responsabilidade exclusiva do cliente sobre sua bagagem por exemplo, como pode ser visto na cartilha de passageiros da companhia de trem supramencionada.³⁴ Mas, em conformidade com a lei, a simples citação de afastamento de responsabilidade pela empresa não deve ser considerada para fins de reparação de danos, pois essas cláusulas são nulas, como já analisado, sendo o transportador responsável por aquilo que transporta, durante todo o percurso, tanto com as pessoas como pelas coisas, conforme a seguir exposto.

3.2 Transporte de coisas

O transporte de coisas se dá quando a parte se obriga com a outra em transportar coisa, que seja ou não um bem, ou seja, que tenha ou não valor econômico.

O prazo para entrega é ajustado entre as partes, podendo ser em dia específico, em horas, minutos, conforme a vontade destas.³⁵ O atraso gera responsabilidade e, se causar danos, deve haver indenização à parte que é a contratante do serviço.

O valor cobrado pelo transporte é denominado como frete, e a coisa a ser transportada tem que ser especificada, em natureza, valor, peso e quantidade. Tanto deve ser especificada a coisa, que o transportador pode exigir do contratante declaração do conteúdo que será transportado, com todas as suas informações identificadoras.³⁶

Caso haja informação errônea acerca do que está sendo transportado, o transportador poderá requerer indenização por prejuízo que sofrer com o transporte da carga, conforme previsto no art. 745, do CC.³⁷

34 VALE DO RIO DOCE S.A. *Cartilha de passageiros Vale S.A.* Disponível em: <http://www.vale.com/brasil/PT/business/logistics/railways/Passenger-Train-Vitoria-Minas/Paginas/infos.aspx>. Acesso em: 11 dez. 2019.

35 VENOSA, 2019, p. 681.

36 TARTUCE, 2017, p. 639.

37 BRASIL, 2002.

Tartuce aponta em seu livro a presença de erro no citado artigo do Código, conforme a visão de Agnelo Amorim Filho. Isso ocorre devido ao fato de que este dispositivo prevê prazo decadencial para ação condenatória, para a qual deveria correr prazo prescricional, devendo a decadência ter aplicação apenas em ações constitutivas positivas ou negativas.³⁸

Mesmo durante a prestação do serviço de transporte, cabe ao remetente uma espécie de direito de arrependimento, podendo este desistir do serviço até o momento anterior à entrega da coisa, arcando com as despesas realizadas e perdas e danos se houver, devendo informar ao transportador o seu desinteresse na entrega da coisa. Quando notificado, o transportador deverá, a critério do contratante, entregar a encomenda a novo destinatário ou devolvê-la ao seu local de origem.³⁹

Em casos que envolvem relação de consumo, o direito de arrependimento do consumidor, previsto no art. 49 do CDC, tem abarcado o valor por ele pago pelo produto em si e pelo frete; ou seja, o prejuízo correrá apenas para o vendedor, como risco do negócio. Nesse sentido é o entendimento da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.⁴⁰

Dentro deste tema, cumpre ainda destacar que o transportador é responsável pela coisa durante todo o transporte, desde seu recebimento até o momento de sua entrega. Assim, qualquer dano causado à mercadoria durante o período em que estiver sob posse desta deverá ser indenizado ao contratante, bem como no caso de perda da coisa.

38 TARTUCE, 2017, p. 639.

39 BRASIL, 2002.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Resp. 1.340.604 - RJ (2012/0141690-8)*. Administrativo. Consumidor. Direito de arrependimento. Art. 49 do CDC. Responsabilidade pelo valor do serviço postal decorrente da devolução do produto. Conduta abusiva. Legalidade da multa aplicada pelo Procon. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: TV SKY SHOP S/A. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 15 de agosto de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24054986/recurso-especial-resp-1340604-rj-2012-0141690-8-stj/inteiro-teor-24054987>. Acesso em: 11 dez. 2019.

O dano deve ser notado por aquele que receber a coisa no momento da entrega, sob pena de decadência do direito de reclamar em juízo. Em casos de avaria não perceptível à primeira vista, esse prazo é estendido para 10 dias do momento em que houve o recebimento. Não há alteração nos prazos previstos no CDC para relações de consumo, permanecendo estes apenas entre os contratantes na relação civil.⁴¹

Por fim, em caso de não encontrar o destinatário, deve o transportador devolver a mercadoria ao contratante e este deverá arcar com os custos acordados ou dar nova destinação àquela em caso de novo acordo entre eles. Isso se diferencia nas hipóteses em que não se sabe quem é o destinatário e não se consegue contatar o remetente, nas quais a mercadoria ficará retida até que sejam encontrados, ou o transportador deverá depositá-la em juízo, havendo sua venda e reversão dos valores para que, quando identificado o destinatário ou localizado o remetente, se possa sacar o respectivo valor. Em casos de bens perecíveis, o transportador deverá vendê-los e depositar o respectivo valor.⁴²

Cumpra sempre destacar que, enquanto o transportador optar por reter o bem, este ficará sob sua responsabilidade e para si perecerá, respondendo este por possíveis perdas e danos.

3.2.1 Transporte de cargas específicas

Em muitos casos a norma geral de transporte não basta para que haja realização do acordado, devendo-se em algumas situações recorrer a normas de transportes específicas para o deslocamento da coisa e que podem atribuir responsabilidade ao contratante ou ao contratado.

Exemplo disso pode ser visto no transporte de cargas vivas, em que inúmeras normas devem ser seguidas – como é caso do

⁴¹ BRASIL, 2002.

⁴² BRASIL, 2002.

animal doméstico, que, para ser transportado, deve estar em caixa específica, com seu cartão de vacinas em dia, entre outros. Se essas normas não forem respeitadas pelo contratante, o transportador deve se recusar a realizar o transporte para que não seja apenado, por exemplo, com multas, previstas no CTB.

Deve-se considerar ainda que pode haver normas específicas locais para o transporte de animais de pequeno porte, como no DF. O projeto de lei n. 109, de 2019, foi sancionado pelo Governador do DF para permitir o transporte de animais de até 12kg em transporte público, como no metrô e nos ônibus locais, sendo no máximo dois animais por pessoa e não podendo haver o transporte em horário de pico, além de outras normas que devem ser seguidas;⁴³ ou seja, especifica ainda mais o transporte de coisas.

No caso de transporte de animais agropecuários, por sua vez, as normas a serem seguidas estão previstas no Decreto n. 5.741/2006, que contém as penalidades para seu não cumprimento.⁴⁴ Além disso, essa modalidade ainda segue a resolução do Contran n. 675, de 21 de junho de 2017.⁴⁵

Há ainda muitas outras normas, como para transporte de alimentos, de lixo hospitalar,⁴⁶ entre outras. Então, deve sempre ser

43 VINHOTE, Ana. *Lei que permite animais de estimação em transportes públicos é sancionada*. Agência Brasília. Brasília. 8 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.agencia-brasil.com.br/2019/08/08/gdf-sanciona-lei-que-autoriza-transporte-de-animais-de-estimacao-em-transportes-publicos/>. Acesso em: 10 dez. 2019.

44 BRASIL. *Decreto n. 5.741, de 30 de março de 2006*. Regulamenta os arts. 27-A, 28-A e 29-A da Lei n. 8.171, de 17 de janeiro de 1991, organiza o Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária e dá outras providências. 2006a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5741.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

45 BRASIL. *Resolução Contran n. 675, de 21 de junho de 2017*. Dispõe sobre o transporte de animais de produção ou interesse econômico, esporte, lazer e exposição. 2017. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=345298>. Acesso em: 10 dez. 2019.

46 BRASIL. *Resolução RDC n. 306, de 7 de dezembro de 2004*. Dispõe sobre o Regulamento Técnico para o gerenciamento de resíduos de serviços de saúde. Disponível em:

utilizada a norma específica para a realização do transporte em si, constando no contrato expectativa das partes de que essa será cumprida para poderem então firmar, com base no Código Civil, o contrato de transporte em sua essência.

Por fim, acreditamos ser interessante adentrar no tema de transporte internacional, que há pouco tempo teve pacificação no entendimento. Considerando as especificidades que podem existir dentro de cada contrato, passamos à análise do referente a esse tipo transporte, que, por sua vez, também se submete a normas que vão além das previstas no Código.

3.2.2 *Transporte internacional*

O transporte internacional pode ser tanto aquele em que se tem como destino um local diverso do Brasil quanto aquele que teve origem em outro local e possui como destino o Brasil.

Assim, o STJ firmou entendimento de que, para esse tipo de transporte, deve ser aplicada a Convenção de Montreal acima das normas previstas pelo Código Civil.⁴⁷

Desse modo, torna-se imprescindível a aplicação dessa convenção quando ocorrerem lides provindas de tal contrato. Exemplo é o da indenização por perda de bagagens, para a qual no Código Civil é prevista a indenização pelo valor total do dano material sofrido, mas na Convenção de Montreal é previsto limite para indenização da parte, em seu artigo 22:

http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2004/res0306_07_12_2004.html. Acesso em: 10 dez. 2019.

47 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Resp. 1.615.981 - SP (2014/0247524-7)*. Recurso especial. Civil. Transporte aéreo internacional de carga. Tratamento aduaneiro. Despesas de armazenagem. Indenização. Convenção de Montreal. Aplicabilidade. Prescrição bienal. Ocorrência. Recorrido: SMA Techonologies LTDA. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 24 de abril de 2018a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705664&num_registro=201402475247&data=20180430&formato=PDF. Acesso em: 10 dez. 2019.

No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.⁴⁸

Assim, mesmo sendo algo prejudicial quando comparado à norma geral, deve ser aplicada a norma específica nos casos de viagem internacional. Nos casos de viagem nacional, o ressarcimento se dará no valor total do dano, conforme o art.14 do CDC.⁴⁹

Há ainda quem defenda que, em caso de furto de bagagem ou de algo dentro dela, deve a empresa responder sem o uso da Convenção, mas sim por meio do CDC, já que houve dolo. O TJRS já possui decisão neste sentido, mas esta visão não tem prevalecido em âmbito nacional, havendo ainda a maior utilização da Convenção nos casos de voos internacionais, independentemente de dolo ou culpa.⁵⁰

Outras mudanças vêm com o afastamento do CDC, na hipótese de transporte internacional, como a alteração do prazo pres-

48 BRASIL. Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. 2006b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm. Acesso em: 2 dez. 2019.

49 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

50 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 11ª Câmara Cível. *Apelação n. 70076764448 (n. CNJ 0041656-97.2018.8.21.7000)*. Apelação cível. Transporte aéreo. Ação de indenização por danos materiais e morais. Furto do conteúdo da bagagem. Apelante: R.M.C.A. Apelado: American Airlines Inc. Relator: Desembargador Bayard Ney de Freitas Barcellos. Brasília, 4 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-11-camara-civel-tribunal.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

cricional, que tem prazo de 5 anos previsto no CDC; como este, entretanto, não pode ser aplicado neste caso, o novo prazo seria de apenas 2 anos para esse tipo de direito ser judicialmente acionado.⁵¹

Então, por ser mais restritivo, desagrada em muito algumas pessoas, pois em diversos casos afasta a situação real da fática, aplicando a casos totalmente distintos, em questão de dano, o mesmo quantitativo de indenização e dificultando então a análise do conceito de reparação civil e sua aplicação a casos como esses.

Exemplo desse afastamento é o de pessoa que leva em sua mala roupas e produtos de marcas mais “luxuosas” e que, devido ao limite estabelecido, será indenizada em valor muito inferior àquele do real prejuízo. Isso causa até mesmo certo receio da parte em transportar itens mais caros, por saber que em caso de extravio não terá seu prejuízo devidamente reparado, além de abrir margem para fraudes internas na empresa transportadora, que, como tem garantido pelo ordenamento que só pagará até o teto previsto na Convenção, acaba perdendo em parte a inibição quanto à prática do ato danoso.

Fator que ajuda a manter equilíbrio na ponderação do dano no caso concreto é que o dano moral não foi considerado limitado; este continua sendo utilizado com os parâmetros da indenização conforme cada caso. Essa temática já foi analisada tanto pelo STJ quanto pelo STF, que concordam que, como o artigo 22 da Convenção nada fala acerca do dano moral, o entendimento dele não deve ser extensivo, já que prejudicial ao consumidor ao se comparar com a norma interna.⁵²

51 MIGALHAS. STF: Indenização por extravio de bagagem é regulada por convenção internacional, e não CDC. *Migalhas*, 25 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI259439,21048-STF+Indenizacao+por+extravio+de+bagagem+e+regulada+por+convencao>. Acesso em: 10 dez. 2019.

52 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Jurisprudência em temas: dano moral no TJDF*. Extravio de bagagem em transporte aéreo internacional – inexistência de limitação à indenização por dano moral. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/dano-moral-no-tjdft/transporte-aereo/extravio-de-bagagem-convencoes-de-Varsoria-e-Montreal>. Acesso em: 10 dez. 2019.

Por fim, cumpre destacar que os danos citados no presente estudo abrangem, além do material, o emergente, os lucros cessantes, os danos estéticos e, por fim, os danos morais.

4 Conclusão

Após analisar o contrato de transporte em seus quesitos gerais, bem como adentrar em seus tópicos mais peculiares para responsabilização mediante aplicação em casos concretos, mediante casos jurisprudenciais e doutrinários, concluímos que grande parte dos contratos de transporte costuma ser realizada entre consumidores e prestadores de serviços, devendo nesses casos ocorrer a aplicação do CDC de forma principal e serem utilizadas de modo subsidiário as normas gerais do Código Civil.

Cumpre destacar, ainda, que o contrato de transporte relativo a coisas é muito complexo e tem normas próprias por cada tipo de coisa a ser transportada, devido à peculiaridade destas, considerando-se coisa tudo aquilo que não é humano. Então essa enorme diversidade exige legislação muito extensa, que abranja caso a caso; e, portanto, tem-se uma complexibilidade muito grande acerca do tema.

Além da diversidade de coisas, há diversidade de meios, que por sua vez também possuem legislação própria, que em cada região pode ter variações, como demonstrado no caso de transporte de animais no Distrito Federal.

E, por fim, cumpre ainda destacar que a contratação é quase que diária, feita em massa por toda a população. Assim, é um contrato de extrema relevância, não apenas quando se pensa em transporte de grandes cargas, em âmbito nacional ou internacional, mas também quando se pensa que a utilização de ônibus ou metrô para chegar ao trabalho diariamente é exercício do previsto por contratos deste tipo.

Assim, por ser o contrato de transporte prática extremamente difusa e corriqueira em nossa sociedade, deve mesmo ter cada vez mais especificações para proteger aqueles que se utilizam deste tipo contratual e facilitar a resolução de possíveis lides decorrentes deste.

Referências

BRASIL. *Decreto n. 5.741, de 30 de março de 2006*. Regulamenta os arts. 27-A, 28-A e 29-A da Lei n. 8.171, de 17 de janeiro de 1991, organiza o Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária e dá outras providências. 2006a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5741.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006*. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. 2006b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm. Acesso em: 2 dez. 2019.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. *Lei n. 11.975, de 7 de julho de 2009*. Dispõe sobre a validade dos bilhetes de passagem no transporte coletivo rodoviário de passageiros e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11975.htm. Acesso em: 2 dez. 2019.

BRASIL. *Resolução RDC n. 306, de 7 de dezembro de 2004*. Dispõe sobre o Regulamento Técnico para o gerenciamento de resíduos de serviços de saúde. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2004/res0306_07_12_2004.html. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. *Resolução Contran n. 675, de 21 de junho de 2017*. Dispõe sobre o transporte de animais de produção ou interesse econômico, esporte, lazer e exposição. 2017. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=345298>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Resp. 1.340.604 - RJ (2012/0141690-8)*. Administrativo. Consumidor. Direito de arrependimento. Art. 49 do CDC. Responsabilidade pelo valor do serviço postal

decorrente da devolução do produto. Conduta abusiva. Legalidade da multa aplicada pelo Procon. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: TV SKY SHOP S/A. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 15 de agosto de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24054986/recurso-especial-resp-1340604-rj-2012-0141690-8-stj/inteiro-teor-24054987>. Acesso em: 11 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Resp. 1.615.981 - SP (2014/0247524-7)*. Recurso especial. Civil. Transporte aéreo internacional de carga. Tratamento aduaneiro. Despesas de armazenagem. Indenização. Convenção de Montreal. Aplicabilidade. Prescrição bienal. Ocorrência. Recorrido: SMA Technologies LTDA. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 24 de abril de 2018a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705664&num_registro=201402475247&data=20180430&formato=PDF. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial. *Resp. 1.669.638 - SP (2017/0101206-0)*. Direito civil e do consumidor. Recurso especial. Ação de reparação de danos materiais. Contrato de transporte rodoviário de cargas. Produto que chega deteriorado ao ponto de destino. Aplicação do CDC afastada. Ausência de relação de consumo. Recorrente: Pomar Novo Exportação e Importação e Exportação LTDA. Recorrido: Reiter Transportes e Logística LTDA. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de junho de 2018b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1725480&num_registro=201701012060&data=20180625&formato=PD. Acesso em: 2 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 145*. No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave. Disponível em: Acesso em: 2 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 187*. A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_13_capSumula187.pdf. Acesso em: 2 dez. 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. *Apelação*. Juizado especial. CDC. Contrato de transporte de passageiro [...]. ACJ: 20110111035989 - DF 0103598-15.2011.8.07.0001. Relatora: Diva Lucy de Faria Pereira. Brasília, 11 de março de 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115327929/apelacao-civel-do-juizado-especial-acj-20110111035989-df-0103598-1520118070001?ref=serp>. Acesso em: 11 dez. 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Jurisprudência em temas*: dano moral no TJDF. Extravio de bagagem em transporte aéreo internacional – inexistência de limitação à indenização por dano moral. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/dano-moral-no-tjdft/transporte-aereo/extravio-de-bagagem-convencoes-de-Varsoria-e-Montreal>. Acesso em: 10 dez. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. Vol. 4: contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIGALHAS. STF: Indenização por extravio de bagagem é regulada por convenção internacional, e não CDC. *Migalhas*, 25 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI259439,21048-STF+Indenizacao+por+extravio+de+bagagem+e+regulada+por+convencao>. Acesso em: 10 dez. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 11ª Câmara Cível. *Apelação n. 70076764448* (n. CNJ 0041656-97.2018.8.21.7000). *Apelação cível*. Transporte aéreo. Ação de indenização por danos materiais e morais. Furto do conteúdo da bagagem. Apelante: R.M.C.A. Apelado: American Airlines Inc. Relator: Desembargador Bayard Ney de Freitas Barcellos. Brasília, 4 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-11-camara-civel-tribunal.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

SÃO PAULO. 38ª Câmara de Direito Privado. *Apelação AC 1000636-76. 2019.8.26.0100 - SP*. Apelante: Vivian Debre Garcia e outros. Apelado: LATAM Airlines Group S.A. Relator: Eduardo Siqueira. Data: 13 de setembro de 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756830177/apelacao-civel-ac-10006367620198260100-sp-1000636-7620198260100?ref=serp>. Acesso em: 2 dez. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação n. 2019.0000460651*. Apelante: Fabio Moreira. Apelado: Companhia do Metropolitano de São Paulo. Relator: Décio Rodrigues. Data de julgamento: 10 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-metro.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *Direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VALE DO RIO DOCE S.A. *Cartilha de passageiros Vale S.A.* Disponível em: <http://www.vale.com/brasil/PT/business/logistics/railways/Passenger-Train-Vitoria-Minas/Paginas/infos.aspx>. Acesso em: 11 dez. 2019.

VENOSA, S. de S. *Direito civil*. Vol. 3: contratos. 19. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

VINHOTE, Ana. *Lei que permite animais de estimação em transportes públicos é sancionada*. Agência Brasília. Brasília. 8 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2019/08/08/gdf-sanciona-lei-que-autoriza-transporte-de-animais-de-estimacao-em-transportes-publicos/>. Acesso em: 10 dez. 2019.

Doutrina Chenery e o controle jurisdicional de atos administrativos discricionários: uma análise do caso do Trevo do Castelinho em Santa Maria-RS

Julian Ritzel Farret

Analista do Ministério Público da União – 3º Ofício da Procuradoria da República no Município de Santa Maria/R.S. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

Ariela Zuchetto Navarro

Bacharelada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

Resumo: O presente artigo cuida do controle jurisdicional de atos administrativos discricionários. Divide-se em duas grandes partes. Estuda, inicialmente, o problema do ponto de vista teórico, tecendo considerações gerais acerca do controle judicial dos atos administrativos. Debruça-se sobre o exame da extensão do controle admitido aos atos discricionários, à luz da doutrina Chenery. Em um segundo momento, aborda-o sob o viés prático, a partir da análise do caso do Trevo do Castelinho, em Santa Maria-RS, a versar acerca da viabilidade de revisão judicial de ato discricionário da Administração na escolha de construção de um viaduto, e não de um túnel, no âmbito do Projeto de Travessia Urbana. Após, confere-se a postura do órgão do Ministério Público com atribuição para o caso. Conclui-se que a atuação do Ministério Público Federal corresponde à transposição da referida doutrina norte-americana ao Brasil, encontrando respaldo no ordenamento legal.

Palavras-chave: Atos administrativos. Discricionariedade. Revisão judicial. Doutrina Chenery. Trevo do Castelinho.

Abstract: This article handles the judicial control of discretionary administrative acts. It's divided into two major parts. Initially, it studies the problem from a theoretical point of view, making general considerations about the judicial control of administrative acts. It focuses on examining the extent of control allowed to discretionary acts, in the light of the Chenery doctrine. Secondly, it approaches it from a practical point of view, from the analysis of the case of the Castelinho's Clover in Santa Maria-RS, dealing with the judicial review feasibility of the Administration's discretionary act in the choice of building a viaduct, and not a tunnel, under the Urban Crossing Project. Afterwards, the position of the Public Prosecution Service with attribution under the case is verified. It's concluded that the performance of the Federal Public Prosecution Service corresponds to the transposition of the aforementioned North-American doctrine to Brazil, finding support in the legal order.

Keywords: Administrative acts. Discretion. Judicial review. Chenery doctrine. Castelinho's Clover.

Sumário: 1 Introdução. 2 Controle de atos da Administração. 2.1 Considerações gerais: o controle judicial. 2.2 Doutrina Chenery: o controle jurisdicional de atos discricionários. 3 O caso do Trevo do Castelinho em Santa Maria-RS. 3.1 O problema. 3.2 As opções da Administração no âmbito do Projeto de Travessia Urbana de Santa Maria-RS. 3.3 A postura do Ministério Público Federal à luz da doutrina Chenery. 4 Conclusão.

1 Introdução

Corolário lógico do Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição Federal de 1988, não existe ato do Poder Público integralmente blindado contra a atuação do Estado-Juiz. Isso porque visando a assegurar à população a supervisão da máquina pública e a evitar eventuais desvios de poder é que exsurge a necessária possibilidade de controle, tradicionalmente exercido pelo Poder Judiciário. Insere-se, nesse prisma, a viabilidade da revisão jurisdicional de atos administrativos exarados pelo Poder Público, máxime quando este deixa de observar ou observa de forma incompleta ou irregular as prerrogativas legais que guiam sua atuação, ferindo direitos e garantias prévia e legalmente estabelecidas.

A extensão desse controle jurisdicional, contudo, há de ser analisada com cautela e necessariamente respeitada. Não há de se olvidar da estruturação de nosso sistema sob a égide da separação tripartite dos poderes, na qual a distinção entre as três funções governamentais¹ tem o papel de limitar o exercício de poder, afastando-o da tirania e garantindo, dessa forma, os direitos fundamentais. Assim, a exteriorização da atuação do Poder Público, por meio de atos administrativos, ainda que exija controle jurisdicional, também demanda a observância de balizas – que podem ser estipuladas em maior ou menor grau, a depender, por exemplo, da configuração do ato administrativo como vinculado ou discricionário.

Isso, porque a revisão jurisdicional adquire contornos mais complexos em face da necessidade de não invasão do mérito administrativo, presente nos atos administrativos discricionários, sob pena de violação às atribuições legalmente conferidas ao Poder Executivo. Nesse sentido, formaram-se diversas construções doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos limites da atuação do Judiciário em matéria de discricionariedade administrativa, entre as quais se insere a doutrina norte-americana de Chenery.

A doutrina Chenery surgiu a partir de dois casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1943 e 1947, a envolver a *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp.*, com relevantes reflexos no bojo do sistema legal norte-americano e do Direito Comparado. A leitura da doutrina brasileira sobre Chenery traz que

1 Nesse sentido: “Cumpre, em primeiro lugar, não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes, embora entre ambas haja uma conexão necessária. A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário)”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 110.

tal abordagem postula que os atos discricionários ou governamentais, elaborados a partir de prévias pesquisas e estudos técnicos conduzidos por especialistas, devem ter seu conteúdo estritamente observado pelos órgãos jurisdicionais.²

O Superior Tribunal de Justiça,³ aliás, transpôs os ensinamentos da doutrina Chenery ao ordenamento pátrio. No Agravo Interno na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2.240/SP, determinou-se a inviabilidade do Poder Judiciário em suspender a eficácia de aumento de tarifas de transporte urbano na região metropolitana da Grande São Paulo, referindo-se à Doutrina Chenery na fundamentação da decisão. A aplicação da aludida doutrina pelo STJ reforça a relevância de aprofundamento investigativo de Chenery e sua aplicabilidade no que concerne à extensão do controle jurisdicional de atos administrativos discricionários.

Sob esse prisma, examinar-se-á, no corrente estudo, caso prático, objeto de inquérito civil na Procuradoria da República contra o Município de Santa Maria-RS. No referido procedimento, denunciante insurgiram-se contra diversos atos administrativos praticados no contexto de construção de um viaduto sobre a rodovia BR-158, em local denominado Interseção/Trevo Castelinho, no âmbito do Projeto de Travessia Urbana de Santa Maria-RS. Argumentavam, entre outros fundamentos, que a opção de construção de um viaduto não corresponderia ao melhor interesse público quando comparada à escavação de um túnel, projeto supostamente mais econômico e que atenderia satisfatoriamente a região.

2 ESPÍNDOLA, Renata Carvalho. As políticas públicas de saúde e o mérito dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: considerações sobre a aplicabilidade da doutrina Chenery. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, Brasília, v. 42, n. 1, jan./jun. p. 20. 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juridica-PG-DF_v.42_n.1.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Agravo Interno no Agravo Interno na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2.240/SP*. Relatora: Min. Laurita Vaz, j. 7.6.2017, *DJe* 20 jun. 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73306230&num_registro=201700112085&data=20170620&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 21 dez. 2020.

Nesse cenário, o presente estudo pretende analisar os aspectos atinentes ao controle de atos da Administração. Em um primeiro momento, versa acerca da viabilidade de controle judicial de atos administrativos vinculados e discricionários. Debruça-se, nesse viés, sobre o estudo da doutrina norte-americana de Chenery, examinando o precedente que a originou nos Estados Unidos, bem como sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. Na sequência, parte-se para a abordagem prática da questão, com estudo do caso do Trevo do Castelinho, no Município de Santa Maria-RS, com o intuito de compreender a contribuição da aludida doutrina norte-americana ao sistema jurídico-legal vigente.

2 Controle de atos da Administração

2.1 Considerações gerais: o controle judicial

Na forma preconizada pelo art. 37 da Constituição Federal, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve pautar todos os seus atos pelos postulados maiores da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem prejuízo de outros princípios contemplados na legislação infraconstitucional. Deve a Administração Pública primar pela observância desses princípios quando da realização de seus atos, de forma a assegurar a supremacia do interesse público e o pleno respeito às garantias e aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Por ato da Administração compreende-se todo ato praticado pela Administração Pública no exercício da função administrativa, regido pelo Direito Público ou pelo Direito Privado. Seu critério identificativo reside, prioritariamente, na origem da manifestação de vontade, no caso, proveniente da Administração Pública.⁴ Configuram-se os atos da Administração como gênero no qual se insere a espécie ato administrativo – este necessariamente jun-

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 162.

gido às normas de regime público. Significa dizer, portanto, que a expressão ato da Administração contempla maior amplitude do que a de ato administrativo, uma vez que este é espécie daquele.

No conceito doutrinário delineado por José dos Santos Carvalho Filho,⁵ três são os pontos essenciais para identificar-se o ato administrativo: a) vontade emanando de agente da Administração Pública ou dotada de suas prerrogativas; b) conteúdo que propicie a produção de efeitos jurídicos com fim público; e c) regência pelo direito público. Conjugando-se os elementos, tem-se o ato administrativo como a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, que, sob regime de Direito Público, visa à produção de efeitos jurídicos com o fim de atender ao interesse público.

Quanto a essa manifestação de vontade da Administração, é pertinente destacar que não é a mesma verificada nos atos jurídicos de direito privado, mas sim é a vinculada aos interesses coletivos, a ser alcançada por meio do exercício de suas prerrogativas legalmente conferidas. Nas palavras de Marçal Justen Filho:⁶

O ato jurídico de direito privado é uma manifestação da vontade autônoma. Já o ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional. O ato administrativo aperfeiçoa-se por meio de uma vontade objetivamente vinculada à satisfação das necessidades coletivas, e não como processo psicológico de satisfação de um interesse individual.

Conforme, aliás, o maior ou menor grau de liberdade concedido pela lei ao agente na sua prática, é o ato administrativo classificado como vinculado, em que a Administração age nos estritos limites da lei porque esta não lhe deixou opção, ou discricionário, em que a lei prevê mais de um comportamento possível a ser adotado pelo administrador em um caso concreto. Há nessa

5 CARVALHO FILHO, 2020, p. 164.

6 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 384.

diferenciação entre atos administrativos vinculados e discricionários relevantes reflexos no que diz respeito aos limites do controle judicial. Sendo a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa vinculada (ou seja, “quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato”),⁷ o escopo de fiscalização jurisdicional é ampliado, uma vez que todos os requisitos do ato já estão fixados na legislação, devendo a Administração limitar-se a constatar sua presença na prática do ato, e o Poder Judiciário constatar a observância ou não dos elementos pelo Poder Público, não restando espaço para apreciação subjetiva.

Veja-se que no ato administrativo vinculado há regulação, pelo sistema normativo, de todos os seus aspectos, requisitos ou elementos. Bem por isso, há um maior nível de garantia e segurança aos administrados, uma vez que, caso a Administração Pública não atenda aos parâmetros legais, abre-se a possibilidade de tutela jurisdicional para controle do ato, à luz das normas legais. Tanto assim o é que a doutrina⁸ afirma que, se houver previsão legal da prática do ato administrativo vinculado, surge para o particular um direito subjetivo, de forma que possa exigir da Administração sua consecução, sob pena de intervenção judicial. Significa dizer que ao Poder Judiciário é proporcionado um controle mais amplo dos atos administrativos vinculados, justamente em razão dos seus elementos estarem previamente disciplinados pela legislação, de modo a possibilitar a aferição de compatibilidade do ato com a ordem legal.

Por sua vez, o ato administrativo discricionário, e, por conseguinte, o seu controle jurisdicional, atuam sob diferente lógica. Na atuação discricionária da Administração, esta “tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”.⁹ Leciona a doutrina que os atos administrativos discricionários são

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 490.

8 DI PIETRO, 2020, p. 489.

9 DI PIETRO, 2020, p. 490.

aqueles em que “a Administração, autorizada pela lei, pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”.¹⁰ Caracteriza-se pela presença do mérito administrativo, correspondente à liberdade limitada de a autoridade administrativa escolher determinado comportamento e praticar o ato administrativo correspondente, referindo-se ao juízo de valor sobre a conveniência e a oportunidade da prática do ato administrativo.

Para Hely Lopes Meirelles, a presença do mérito administrativo verifica-se sempre que a Administração decidir ou atuar valorando internamente as consequências ou vantagens do ato, consubstanciando-se, pois, na “valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”.¹¹ Expressa ele, no caso concreto, o juízo de conveniência e oportunidade concedido à Administração Pública pelo ordenamento jurídico, consistente na possibilidade de escolha entre várias opções, todas lícitas.

A necessidade de conferir à Administração tal margem decisória exsurge da constatação de impossibilidade, pelo legislador, de regulação de todas as situações e consideração da totalidade das variáveis que integram o cotidiano administrativo. Evidente, contudo, que assumir o agir discricionário da Administração Pública, de modo que sua atuação não seja engessada, não quer dizer aceitar decisões arbitrárias. Ora, o ato administrativo discricionário é compreendido justamente pelo exercício de uma liberdade nos moldes do estabelecido pela lei, não podendo ser contrário ou excedente aos limites de liberdade legalmente determinada.

Nessa seara, permite-se afirmar que cabe ao Poder Judiciário examinar os aspectos da legalidade do ato e apurar se a Administração

10 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 192.

11 MEIRELLES, 2016, p. 173.

não foi além dos limites legais permitidos à discricionariedade – caso em que poderá a tutela jurisdicional invalidar o ato, uma vez que, ultrapassado o espaço livre permitido pela lei, há invasão ao campo da legalidade.¹² Aferir-se-á, desse modo, a compatibilidade do ato administrativo para com a ordem legal e constitucional pátria – se há violação a princípios constitucionais, como os da razoabilidade, da proporcionalidade, da boa-fé objetiva, desvio de finalidade, por exemplo –, contudo, sem adentrar em juízos de conveniência e oportunidade assegurados à Administração, sob pena de imiscuir-se ilegalmente o julgador no papel típico do Executivo.

Resumindo, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o controle judicial dos atos administrativos discricionários “é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei”.¹³ Inclusive, conforme definido pela própria doutrinadora, quando se identifica uma “zona cinzenta” por ocasião da aferição da legalidade do ato, mediante o exame de sua compatibilidade com os princípios constitucionais, tal qual o da moralidade administrativa, não cabe ao Poder Judiciário fazer as vezes de administrador e substituir os valores deste pelas suas próprias convicções.

A rigor, nesse sentido, a configuração do Estado Democrático de Direito, caracterizado pela sua subordinação às normas jurídicas, demanda a atuação do Poder Judiciário como vigia limitante da atuação da Administração Pública. Embora haja uma certa margem de liberdade para que a Administração aja com base em um juízo de conveniência e oportunidade nos atos discricionários, essa atuação deve ser sempre dentro dos limites legais. Todavia, não há no corrente ordenamento respostas objetivas quanto ao limite desse controle a ser exercido por intermédio de decisões judiciais, especificamente no que concerne à revisão judicial de atos administrativos discricionários. Não se discute, portanto, a viabilidade do controle pelo Judiciário dos atos administrativos, mas sim a

12 DI PIETRO, 2020, p. 501.

13 DI PIETRO, 2020, p. 501.

extensão conferida a esse controle, no que toca à discricionariedade concedida ao Poder Executivo.

2.2 Doutrina Chenery: o controle jurisdicional de atos discricionários

A análise dos caminhos que conduziram ao desenvolvimento das limitações ao controle jurisdicional da atividade administrativa em âmbito internacional é de significativa relevância, até porque, não raras vezes, tais institutos de Direito Comparado são aplicados pelas cortes brasileiras, transpondo construções doutrinárias e jurisprudenciais estrangeiras ao ordenamento pátrio. Nesse contexto, faz-se pertinente aos objetivos do corrente trabalho estudar a denominada Doutrina Chenery, desenvolvida no bojo da Suprema Corte norte-americana.

O precedente *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp* foi originado a partir das decisões denominadas *Chenery I* (SEC *v.* Chenery Corp., 318 U. S. 80, 1943) e *Chenery II* (SEC *v.* Chenery Corp., 332 U.S. 194, 1947), as quais apresentaram identidade de partes. No caso, a *Securities and Exchange Commission* (SEC), que corresponde à agência incumbida da fiscalização de operações com valores mobiliários (agência reguladora propriamente dita, distintamente do tratamento conferido à matéria no Brasil), aprovou plano de reorganização da sociedade federal *Water Service Corporation*, distinto daquele intentado pelos executivos, diretores e acionistas controladores da companhia, contrário a seus interesses.

Os citados agentes financeiro-administrativos da sociedade pretendiam adquirir ações preferenciais desta durante a apresentação de planos de reorganização societária, visando a sua conversão em ações ordinárias na nova estrutura da companhia. A SEC, contudo, à luz do Public Utility Holding Company Act (PUHCA), de 1935, decidiu pela impossibilidade de negociação dos valores mobiliários da companhia no decorrer do lapso temporal de sua reorganização pelos agentes, tendo negado o plano apresentado. Estabeleceu, de outra mão, que ações preferenciais que foram adquiridas por executivos e diretores da empresa enquanto ocorriam planos para sua reorgani-

zação não seriam convertidas em ações na empresa reestruturada, consoante viria a ocorrer com as demais ações preferenciais, mas sim seriam cedidas pelo valor de custo somado a juros. O fundamento alegado pela SEC em sua decisão foi a compreensão da agência acerca de incompatibilidade da ação empresarial com os princípios de equidade fixados no ordenamento legal, de modo a violar os deveres fiduciários dos agentes.¹⁴

Judicializada a questão, a Suprema Corte norte-americana fixou entendimento contrário à SEC, afirmando a exigência de reavaliação de sua ordem. Isso porque os fundamentos invocados quanto à violação ao princípio da equidade para com a companhia, os outros acionistas ou os investimentos públicos não se sustentariam em face da não constatação de que os executivos e diretores da companhia teriam feito uso ilegal, ou ainda tirado vantagens indevidas, de suas posições nas transações financeiras. Consoante a Corte, ainda que a SEC tenha buscado argumentar, em juízo, que o plano de reorganização violaria dispositivos do PUHCA, tal fundamento não constava na motivação do ato e, portanto, não poderia ser objeto de análise.

Em suma, afirmou a Corte que a interpretação da SEC quanto à lei fiduciária estava incorreta, e que a SEC não poderia defender seu ato em juízo sob bases diversas daquelas construídas na sua fundamentação original, vinculantes à análise, motivo pelo qual a decisão deveria ser reformulada. Nesse contexto, definiu-se, na citada *Chenery I*, a então denominada “doutrina Chenery”, cujo núcleo duro representaria o fato de que a análise e a revisão, por Tribunal, da validade de ato de agência administrativa, estariam limitadas aos motivos aventados na fundamentação de decisão tomada pela agência, não podendo o julgamento se basear em diferentes motivos.¹⁵

14 STACK, Kevin M. The constitutional foundations of Chenery. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 116, n. 5, mar. 2007. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/the-constitutional-foundations-of-chenery>. Acesso em: 19 dez. 2020. p. 960.

15 UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation*, 318 U.S. 80, 1º/2/1943. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/318/80/case.html>. Acesso em: 9 jan. 2021. No original, em inglês: “[...] the validity of the order of the Commission must be judged on the grounds upon which the record discloses that its action was based”.

Em reexame da questão após declaração de invalidade judicial de sua primeira ordem, a SEC atingiu a mesma compreensão, contudo, sob fundamentos distintos. Baseou sua exigência no fato de que permitir à administração empresarial lucrar com aquisição de ações na pendência dos processos de reorganização seria incompatível com as normas dos §§ 7 e 11 do PUHCA. Ainda assim, a nova ordem formatada pela Comissão foi objeto de insurgências e seguiu a Suprema Corte norte-americana.

No caso intitulado *Chenery II*,¹⁶ a Suprema Corte destacou que sua decisão anterior a respeito da invalidade da ordem da SEC em *Chenery I* baseou-se tão somente no de fato que o ato não poderia ser mantido pelos fundamentos então apresentados (princípios de equidade legalmente estabelecidos), mas que a Comissão não foi impedida, no desempenho da sua função administrativa, de chegar ao mesmo resultado por motivos tidos como adequados e pertinentes.

Não só isso: expôs-se que não haveria óbice à adoção, por parte da SEC, de uma decisão singular posterior, com efeitos retroativos, a regular determinada situação. Isso porque a escolha de regulação de específica ocorrência entre o procedimento por regra geral ou por decisões *ad hoc* encontra amparo na discricionariedade concedida à agência administrativa. Significou expressar, em suma, que, ainda que

a SEC não tivesse uma regra existente proibindo o plano de reorganização proposta pela recorrida, e qualquer nova regra se aplicasse apenas a situações futuras, ela não estava obrigada a aceitar o plano e poderia usar da adjudicação administrativa para resolver a questão.¹⁷

16 UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation*, 332 U.S. 194, 23/6/1947. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/194/>. Acesso em: 9 jan. 2021.

17 COSTA, Gustavo Salles da. *O projeto de estado administrativo brasileiro e a abnegação do direito de Adrian Vermeule*. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/5853/1/GSSilva.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2021.

Nos termos da Suprema Corte,¹⁸ em tradução livre:

A função judicial de revisão de uma ordem da Comissão chega ao fim quando se torna evidente que a ação da Comissão se baseia em evidências substanciais e é consistente com a autoridade a ela concedida pelo Congresso.

Fixaram-se, portanto, limites ao controle judicial de atos provenientes de agência administrativa, no exercício de competências típicas do Poder Executivo, de forma a primar pelo arbítrio discricionário a ela legalmente garantido pelo Poder Legislativo.

A Corte concluiu, então, que a Comissão não ultrapassou os limites assegurados ao seu poder discricionário no caso, quando da interpretação e da aplicação da regra “justa e equitativa” disposta no § 11 da lei em questão, bem como por ocasião da definição do que é “prejudicial ao interesse público ou aos interesses dos investidores ou consumidores”, conforme previa o § 7 da lei. Daí, definiu-se que as decisões administrativas regularmente prolatadas não são passíveis de bases de revisão e controle judiciário:

A conclusão da Comissão neste caso é o produto da experiência administrativa, apreciação da complexidade do problema, realização das políticas legais e tratamento responsável dos fatos não contestados e constitui uma decisão administrativa admissível que não pode ser perturbada na revisão judicial.¹⁹

Nesse contexto, a decisão da Corte, em *Chenery II*, estabeleceu que a extensão do controle judicial do ato da agência administrativa correspondia somente aos fundamentos legais e processuais da própria (a exemplo do exame da compatibilidade da ordem

18 UNITED STATES OF AMERICA, 1947. No original, em inglês: “The judicial function on review of an order of the Commission is at an end when it becomes evident that the Commission’s action is based upon substantial evidence and is consistent with the authority granted by Congress”.

19 UNITED STATES OF AMERICA, 1947. No original, em inglês: “The Commission’s conclusion in this case is the product of administrative experience, appreciation of the complexities of the problem, realization of the statutory policies, and responsible treatment of the uncontested facts, and constitutes an allowable administrative judgment which cannot be disturbed on judicial review”.

com seus motivos). Não caberia ao Poder Judiciário, representado pela Suprema Corte, adentrar no mérito da decisão administrativa, devidamente formulada a partir da *expertise* da Administração.

Buscando os fundamentos constitucionais da doutrina Chenery, Kevin Stack expõe que esta se alicerça na presunção de que, se o Congresso assegura a outra instituição a atribuição para obrigar com força da lei, não está delegando à agência ou aos servidores tal prerrogativa para que os tribunais de revisão forneçam ou substituam as bases de validade da ação.²⁰ É nesse mesmo sentido a doutrina de Amy R. Motomura:²¹

Ao impor esse limite à revisão judicial, Chenery protege a separação adequada de poderes entre ramos do governo federal. Em particular, Chenery protege a autoridade delegada às agências pelo Congresso da usurpação pelos tribunais. Ao negar aos tribunais a capacidade de substituir o processo de tomada de decisão de uma agência pelo seu próprio, mantém o poder dentro das instituições mais competentes para exercê-lo.

Desse modo, estabeleceu-se, no bojo do sistema legal norte-americano, limitação à revisão jurisdicional de decisões administrativas, determinando-se a necessidade de vinculação da invalidação do ato para com os motivos alegados na fundamentação deste pelo Executivo. Não só isso: também no contexto de fixação de limites à extensão do controle judicial, compreendeu-se na ocasião que alguns atos discricionários representam alto grau

20 STACK, 2007, p. 1020. No original, em inglês: “Chenery rather enforces a presumption that when Congress vests authority to bind with the force of law in another institution, Congress does not thereby delegate to the agency or official its prerogative to have reviewing courts supply or substitute validating grounds for the action”.

21 MOTOMURA, Amy R. Rethinking administrative law’s Chenery Doctrine: lessons from patent appeals at the federal circuit. *Santa Clara Law Review*, v. 53, n. 3, p. 819, 2014. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2758&context=lawreview>. Acesso em: 19 dez. 2020. No original, em inglês: “In imposing this limit on judicial review, Chenery protects the proper separation of powers between branches of the federal government. In particular, Chenery protects the authority delegated to agencies by Congress from usurpation by the courts. By denying courts the ability to substitute their own decisionmaking process for an agency’s, it keeps power within those institutions most competent to exercise it.”

de complexidade e tecnicidade, de forma a não caber sua revisão pelo Poder Judiciário, órgão sem igual *expertise* técnica e administrativa para tomar tal decisão e sem o conhecimento pleno da realidade administrativa que a ensejou.

Transpondo-se a temática a terrenos nacionais, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do agravo interno na suspensão de liminar e de sentença n. 2.240/SP, datado de 2017, abordou, no embasamento de sua decisão, as lições da doutrina Chenery. O referido processo cuidava de ação popular ajuizada visando à suspensão do aumento de tarifas de metrô, trens e ônibus municipais na área metropolitana da Grande São Paulo. O juízo de primeiro grau, decidindo favoravelmente aos requerentes, concedeu antecipação de tutela sob dois argumentos fulcrais: a) injustiça do valor da tarifa, dada a disparidade entre o valor cobrado daqueles que residem na área central e dos que habitam em locais mais distantes; b) potencial motivação política no novo quadro tarifário. Daí, proposto o incidente suspensivo, concluiu a Corte pela presunção de legitimidade do ato administrativo do Poder Público, a qual deve prevalecer até prova definitiva em contrário.

Indo além, o STJ afirmou a necessidade de preservação do ato administrativo, de modo a conter a “problemática do déficit democrático do poder judiciário”. Nesse contexto, inseriu ponderações acerca da doutrina Chenery, afirmando que a invalidação de atos administrativos que representem escolhas políticas está adstrita aos casos em que constatada evidente violação à legalidade. Corroborando a inviabilidade do exercício do controle judicial no que concerne ao mérito dos atos administrativos, manifestou-se a Corte Superior²² nos seguintes termos:

[...] segundo a doutrina Chenery – a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Agravo Interno no Agravo Interno na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2.240/SP*. Relatora: Min. Laurita Vaz, j. 7.6.2017, *DJe* 20 jun. 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73306230&num_registro=201700112085&data=20170620&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 21 dez. 2020.

da América –, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a *expertise* para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos (Economic Analysis of Law. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996, p. 671). Portanto, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário.

No que concerne à celeuma afeta ao “déficit democrático do poder judiciário”, referida pelo STJ em sua decisão, e sua vinculação para com a discricionariedade administrativa, tem-se a seguinte interpretação doutrinária:

Como se percebe, a discricionariedade encontra-se em uma balança, onde pende, de um lado, a interpretação do administrador acerca do que seria a vontade da lei no caso concreto, norteadada pelo interesse público, e, de outro, a interpretação do juiz. O risco a ser enfrentando, quando se transfere o controle do mérito do ato discricionário para o Poder Judiciário, é dar azo ao decisionismo jurídico. Ou seja: transfere-se a competência para escolher a solução correta do Poder Executivo, que detém representatividade popular, para o juiz.²³

Sob essa linha de raciocínio, compreende-se não ser possível o Poder Judiciário substituir a Administração Pública em decisões administrativas que integrem, em seu bojo meritório, questões complexas e técnicas, delegadas, pelo ente competente, à análise do Poder Público. Traduz-se, nesses termos, a doutrina Chenery ao espaço brasileiro, fixando-se: 1) a vinculação do Judiciário aos fundamentos elencados pela Administração para o embasamento do ato administrativo discricionário, e, mais fortemente, 2) a inviabilidade da sindicabilidade desses motivos, em respeito à autoridade granjeada ao Poder Público para decidi-los. Isso, aliás, porque os representantes legislativos conferiram atribuições para a tomada de determinadas

23 FARIA, Edimur Ferreira de; GOMES, Ana Maria Isar dos Santos. Discricionariedade em política urbana: o caso do viaduto estaiado de Curitiba. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 362-391, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/42294/32600>. Acesso em: 10 jan. 2021. p. 367.

decisões ao Poder Público, em razão de sua capacidade para analisar questões técnicas, e não ao órgão jurisdicional.

Pode-se afirmar, nessa perspectiva, que certos assuntos fogem à competência do Judiciário justamente porque o Legislativo, ente competente para tanto, delegou-os ao Poder Executivo. Há de se notar, inclusive, que o princípio de separação funcional de poderes, ao mesmo tempo em que garante sistemas de freios e contrapesos, assegura atribuições típicas a cada Poder, evitando a concentração de autoridade, fundamentando-se não só no elemento de especialização funcional, mas também na independência orgânica, consoante José Afonso da Silva.²⁴

Pelas razões expostas, entende-se que os atos administrativos revestidos de discricionariedade devem ser submetidos ao controle do Poder Judiciário no que concerne aos seus aspectos de legalidade, compatibilidade com o ordenamento pátrio. Contudo, à luz da doutrina Chenery, inclusive nos termos em que transposta ao ordenamento jurídico pátrio, os atos discricionários não devem ter seu conteúdo meritório sindicável, uma vez que as decisões do Poder Executivo são revestidas de conteúdo técnico e expertise própria. Não cabe, portanto, ao Poder Judiciário, ou ainda ao Ministério Público, apoderar-se de decisões técnicas atribuídas legalmente pelo ordenamento ao Poder Executivo. Nesse sentido, inclusive, foi o tratamento jurídico conferido a um procedimento extrajudicial que tramitou na Procuradoria da República, no Município de Santa Maria-RS, o qual se passa a analisar.

3 O caso do Trevo do Castelinho em Santa Maria-RS

3.1 O problema

Bem examinados os aspectos teóricos relacionados ao controle jurisdicional dos atos discricionários do Poder Público, podemos nos debruçar sobre o caso do Trevo do Castelinho, em Santa

24 SILVA, 2016, p. 110.

Maria-RS, objeto do Inquérito Civil n. 1.29.008.000143/2015-62 na Procuradoria da República em Santa Maria-RS.

O referido procedimento teve origem a partir de representação coletiva de comissão de moradores e comerciantes, a narrar supostas irregularidades na obra pública de construção de viaduto sobre a rodovia BR-158, na denominada Interseção Castelinho, no âmbito do Projeto de Travessia Urbana de Santa Maria-RS (BR-158/BR-287). Após a manifestação inaugural, foi levada a efeito reunião com os representantes, em 11.2.2015, na sede da Procuradoria da República no Município de Santa Maria-RS.

Em suma, os supostos problemas destacados pela comissão orbitavam em volta: a) da suposta ausência de consulta prévia aos moradores e comerciantes locais e da indisposição do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) para discutir as alternativas propostas pelos interessados; b) dos potenciais danos ao Sítio Paleontológico do Saco da Alemoa e da ausência das licenças ambientais pertinentes; c) do uso do Regime Diferenciado de Contratações (RDC); e, o que atrai a análise deste artigo, d) do custo excessivo da construção do viaduto, uma vez que a construção de um túnel/rebaixamento seria mais econômico e solucionaria satisfatoriamente os problemas afetos ao tráfego intenso na localidade.

Nesse contexto, fixou-se como objeto do procedimento “averiguar a ocorrência de possíveis irregularidades no projeto da obra de construção do viaduto sobre a rodovia BR-158, no cruzamento com a Av. João Pozzobon e RS-509”,²⁵ intersecção conhecida como Trevo do Castelinho. O procedimento foi vinculado à 1ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, órgão colegiado setorial destinado precipuamente à fiscalização de direitos sociais (educação, saúde, moradia, mobilidade urbana, pre-

25 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Santa Maria-RS. *Portaria n. 111, de 15.9.2015*. Instauração de Inquérito Civil. Santa Maria-RS: MPF, 2015. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/rs/atos-e-publicacoes/pii/prm-santa-maria/111-2015/at_download/file. Acesso em: 9 jan. 2021.

vidência, assistência social etc.) e atos administrativos em geral, consoante seu Regimento Interno.²⁶

No decorrer de sua tramitação, o órgão do Ministério Público Federal com atribuição sobre o caso procedeu a uma série de diligências visando a elucidar a situação e as potenciais irregularidades. Para tanto, foram solicitadas informações à comissão de moradores e comerciantes, à Unidade Local do DNIT, à Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luiz Roessler (FEPAM/RS), ao Escritório da Cidade de Santa Maria-RS e até mesmo a professor vinculado ao Laboratório de Estratigrafia e Paleobiologia do Departamento de Geociências do Centro de Ciências Naturais e Exatas da Universidade Federal de Santa Maria.

A despeito de toda a complexidade envolvida no caso, dado o fim deste estudo, será examinada apenas a atuação do Ministério Público Federal no que toca à possibilidade de revisão da escolha da Administração pela construção de um viaduto, e não de um túnel, como almejava a comissão de moradores. Para tanto, destacar-se-ão os principais desdobramentos do problema e, por fim, a postura adotada pelo órgão do Ministério Público Federal responsável.

3.2 As opções da Administração no âmbito do Projeto de Travessia Urbana de Santa Maria-RS

Exposto o panorama geral do procedimento extrajudicial, podem-se examinar, especificamente, os aspectos que envolvem a opção da Administração de construir um viaduto no local, bem como o que alegavam/pretendiam os cidadãos representantes. Nesse sentido, deve-se frisar que a atuação do Ministério Público, no caso, se limitou a examinar a procedência das questões levanta-

26 BRASIL. Conselho Superior do Ministério Público Federal. *Resolução n. 164, de 6 de maio de 2016*. Dispõe sobre o Regimento Interno da 1ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Brasília: CSMPF, 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/o-mpf/csmpf/documentos-e-publicacoes/resolucoes/2016-162-173/Resolucao%20164%20-%20Regimento%20Interno%20%201CCR.odt>. Acesso em: 9 jan. 2021.

das pela comissão representante, sem adentrar em outros aspectos que pudessem influir na conclusão.

A construção do viaduto estava inserida nas obras da Travessia Urbana de Santa Maria-RS, licitadas pelo Órgão Central em Brasília, na modalidade Regime Diferenciado de Contratação (RDC), nos termos do Edital n. 799/2012 e do processo administrativo n. 50600.027653/2013-78. O procedimento licitatório teve início com a contratação, por meio de concorrência pública, de empresa de consultoria para elaborar projeto inicial de travessia urbana da cidade. Em razão do contingenciamento de recursos, sua implementação foi levada a efeito em 2012, por ocasião da instituição do RDC. O DNIT utilizou-se do aludido anteprojeto para lançar processo licitatório voltado à contratação de empresa para elaboração de projeto básico e executivo e realização das obras de duplicação, restauração e construção na BR-158 e na BR-287, atinentes à Travessia Urbana de Santa Maria. Aproveitando o orçamento disposto no anteprojeto, foram definidos percentuais de cada segmento da obra, constando no edital de licitação a descrição pormenorizada de todos os aspectos relacionados ao seu custo.

O referido empreendimento, com extensão de 14,3 km, foi dividido em dois lotes, estando a interseção do Castelinho inserida no Lote 1, com 5,1 km. A licitação do Lote 1 seguiu seu devido curso, com definição da empresa vencedora, com prazo de execução de 1.080 dias, a contar de 12.12.2014, data de emissão da competente licença ambiental pela FEPAM/RS. Segundo informações prestadas pelo DNIT, a licitação do Lote 1, relacionada à Interseção Castelinho, tinha o valor de R\$ 144.180.000,00.

Em face da escolha da Administração Pública de edificação de um viaduto no local, os representantes da comissão de moradores e comerciantes das adjacências do Trevo do Castelinho argumentaram que a construção de um túnel/rebaixamento melhor atenderia ao interesse público, dado que seria uma obra mais econômica e que solucionaria os problemas relativos ao excesso de tráfego no local. Diante da necessidade de comprovação de que um túnel seria de fato mais vantajoso aos interesses públicos, o Ministério Público

Federal solicitou à comissão o envio de projeto, desenvolvido por engenheiro habilitado, apresentando proposta alternativa de um túnel, com a demonstração minimamente sólida da sua viabilidade técnica, incluindo o custo estimado para todas as etapas, para futura e eventual análise. Os manifestantes, contudo, informaram que a elaboração do aludido projeto de construção do túnel/rebaixamento havia sido orçada em R\$ 60.000,00 e que não poderiam arcar com tal gasto. Dessa forma, não constou nos autos do procedimento nenhuma evidência concreta da economicidade que adviria da construção do túnel, em vez do viaduto escolhido pela Administração.

A despeito disso, o Engenheiro do DNIT que acompanhou o projeto desde os estudos de contagem de trânsito, levados a efeito ainda oito anos antes da obra, esclareceu os aspectos técnicos envolvidos na escolha da construção de um viaduto. Primeiramente, destacou que, desde o princípio dos estudos, sempre se pretendeu erigir um viaduto no local, por ser uma “obra limpa”, que não demandaria a paralisação do trânsito no entroncamento (cujo fluxo é intenso, especialmente de caminhões que descem a serra pela BR-158) e traria menos transtornos à comunidade.

Frisou, como segundo ponto, que não se cogitou a implementação de um túnel/rebaixamento em lugar do viaduto por diversos fatores, entre os quais a exigência de uma escavação superior a sete metros, que poderia gerar problemas de contenção e drenagem, além de exigir interrupção total do tráfego de veículos em ao menos uma das faixas e possuir custos equivalentes ao da construção de um viaduto. Em terceiro lugar, destacou que foram realizadas várias reuniões com a participação do Escritório da Cidade, da UFSM e da Prefeitura Municipal de Santa Maria-RS no interesse da discussão da obra, sem que nenhum dos órgãos ou dos agentes administrativos envolvidos identificassem óbices ao projeto do viaduto.

Nesse contexto, houve a opção do Poder Público pela licitação da construção de um viaduto, sob uma série de motivações técnicas, fundamentadas e discutidas em seu processo decisório. Não se olvida que, em respeito à indisponibilidade do interesse público, a licitação se destina, entre outras coisas, a garantir a sele-

ção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º, Lei n. 8.666/1993). Ocorre que, no caso em exame, não parece ser possível afirmar que uma opção de travessia viária é notoriamente mais vantajosa ao interesse público do que a outra, de forma a abrir espaço para a investigação de eventual violação às normas regentes da Administração Pública quando da escolha do objeto da licitação. Sendo assim, o Poder Público, entre duas opções inteiramente válidas, e com custos equivalentes (conforme expôs o engenheiro do DNIT consultado), determinou, a partir do seu múnus, que a obra a ser realizada, na oportunidade, seria um viaduto, e não um túnel. Exposto o panorama, passa-se a analisar a manifestação do *Parquet* Federal apreciando o ponto.

3.3 A postura do Ministério Público Federal à luz da doutrina Chenery

Depois de examinar todas as informações colhidas durante a tramitação do inquérito, o órgão do Ministério Público compreendeu inviável a intervenção na válida opção administrativa tomada quanto à construção de um viaduto no local. Assim o fez invocando considerações acerca dos limites ao controle judicial dos atos discricionários, notadamente as lições colhidas da doutrina Chenery, ressaltando, inclusive, a alusão do STJ à doutrina no AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP, já mencionada anteriormente.

A interpretação ministerial da questão colocou em destaque a ausência de quaisquer provas firmes de que a Administração teria deliberadamente preferido uma opção menos vantajosa de execução da obra, o que, se comprovado, poderia vir a violar o art. 3º da Lei n. 8.666/1993 e provocar a atuação ministerial e judicial para o controle de legalidade do ato. Em verdade, o que se constatou foi a validade da escolha executiva.

A comissão de moradores e comerciantes, representante das supostas irregularidades, nesse sentido, não apresentou elementos de informação que evidenciassem violação ao interesse público na construção do viaduto, limitando-se a afirmar que seria uma opção

mais econômica. Desse modo, não se constatou no procedimento indicativos de que a opção pelo rebaixamento da pista ou pelo escavamento de túnel seria evidentemente mais adequada ao interesse público quando comparada com a construção de viaduto.

Nesses termos, promoveu o Ministério Público Federal o arquivamento do inquérito civil (as demais insurgências analisadas também se mostraram inócuas, à exceção de potenciais reflexos da obra ao sítio arqueológico, motivo pelo qual se instaurou diferente procedimento, sob a égide da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão). Nesse sentido, sumarizou a questão a Procuradora da República:²⁷

Na hipótese vertente, volta-se a dizer, está claro que a opção do DNIT se deu com base em informações e pesquisas técnicas próprias da sua natureza e competência. Por essa razão, respeitando a autoridade dada à autarquia para executar seus atos técnicos, não cabe ao Ministério Público invadir sua esfera de atuação e questionar decisões desse jaez.

Tratou-se de realçar, na promoção de arquivamento citada, o fato de que o controle exercido sobre os atos administrativos se restringe ao exame de sua legalidade. Dessa forma, não caberia ao Judiciário – e, por conseguinte, ao Ministério Público – controlar o mérito administrativo, consubstanciado na oportunidade e na conveniência da opção entre as diversas possibilidades legais, em se versando da discricionariedade administrativa legalmente conferida ao Poder Público.

Significa dizer que, a partir da análise dos elementos externos do ato, não foi evidenciada contrariedade às normas de direito administrativo ou prejuízo aos cofres públicos. Salientou-se, em fato, que os atos administrativos discricionários, fundamentados precipuamente em pesquisas técnicas levadas a efeito por agentes competentes e possuidores de *expertise* na área objeto do ato, são, em princípio, insindicáveis em seu conteúdo meritório, uma vez

27 BRASIL. Ministério Público Federal. *Inquérito Civil n. 1.29.008.000143/2015-62*. Promoção de arquivamento (PRM-SMA-RS-00012677/2017). Santa Maria-RS: MPF, 2015.

que ao Poder Judiciário não é dotada a análise de aspectos econômicos e políticos de uma decisão administrativa válida.

Nessa toada, observando as lições ventiladas pela doutrina Chenery, notadamente pelos preceitos trazidos por *Chenery II* (1947) a respeito da extensão do controle judicial sobre atos discricionários do Poder Público, é que se fixou compreensão de irrazoabilidade de pretender o órgão ministerial (bem como o Poder Judiciário como um todo) revisar ato administrativo consubstanciado em projeto de engenharia regularmente desenvolvido sob o controle de diversos órgãos públicos com conhecimento e competência para a tarefa. Nesses termos, diante da ausência de indicativos de violação à legalidade e à juridicidade do ato, que se perfectibilizou dentro dos limites de discricionariedade concedidos à Administração na realização da obra e nos objetivos a serem com ela alcançados, nenhuma irregularidade haveria sido constatada no ponto, motivo pelo qual o procedimento foi arquivado.

4 Conclusão

No corrente artigo, buscou-se abordar aspectos atinentes ao controle judicial de atos administrativos. Cuidou-se de realizar ponderações gerais acerca do tratamento doutrinário conferido à temática dos atos administrativos, trazendo importantes conceituações, tais como a de atos administrativos vinculados e discricionários e de mérito administrativo, conectando-as à disciplina do controle jurisdicional da atuação da Administração. Seguiu-se a análise da doutrina Chenery, incluindo sua origem, compreensões doutrinárias estrangeiras e brasileiras e aplicação jurisprudencial. Em suma, a referida doutrina aborda a vinculação do Poder Judiciário aos motivos elencados pela Administração para fundamentar o ato administrativo discricionário, e também a inviabilidade da invasão do Judiciário no mérito desses motivos, observando-se a autoridade delegada ao Poder Público para decidi-los em juízos de conveniência e oportunidade.

Expostos os imbróglis envolvendo a temática da discricionariedade e da fiscalização jurisdicional, passou-se ao estudo do caso

prático do Trevo do Castelinho em Santa Maria-RS, que tramitou na Procuradoria da República do Município. Evidenciou-se o cerne da discussão na escolha realizada pela Administração de construção de um viaduto no âmbito do Projeto de Travessia Urbana municipal, contrastada com a compreensão dos representantes de que, no caso, a opção mais adequada ao interesse público seria um túnel/rebaixamento. Expôs-se que o Ministério Público promoveu o arquivamento do feito, fixando-se a inviabilidade de apurar se uma opção de obra era notoriamente mais vantajosa ao interesse público do que outra, uma vez que se trataria de opções igualmente válidas e que sua escolha teria se dado a partir do conhecimento técnico e complexo da Administração Pública, dentro dos limites de discricionariedade a ela conferidos.

A partir da exposição construída, conclui-se que a postura adotada pela Procuradoria da República com atribuição no caso foi adequada à realidade fática e bem representa a transposição da doutrina norte-americana de Chenery ao ordenamento pátrio. Compreende-se, por fim, pela proficuidade de maiores investigações acerca dos reflexos e potenciais benefícios da aplicabilidade da doutrina Chenery na completude dos pontos que se compatibilizem com o sistema jurídico brasileiro, máxime no que diz respeito à necessidade de motivação completa e abrangente dos atos administrativos.

Referências

BRASIL. Conselho Superior do Ministério Público Federal. *Resolução n. 164, de 6 de maio de 2016*. Dispõe sobre o Regimento Interno da 1ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Brasília: CSMPF, 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/o-mpf/csmpf/documentos-e-publicacoes/resolucoes/2016-162-173/Resolucao%20164%20-%20Regimento%20Interno%20%201CCR.odt>. Acesso em: 9 jan. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Inquérito Civil n. 1.29.008.000143/2015-62*. Promoção de arquivamento (PRM-SMA-RS-00012677/2017). Santa Maria-RS: MPF, 2015.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Santa Maria-RS. *Portaria n. 111, de 15.9.2015*. Instauração de Inquérito Civil. Santa Maria-RS: MPF, 2015. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/rs/atos-e-publicacoes/pii/prm-santa_maria/111-2015/at_download/file. Acesso em: 9 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Agravo Interno no Agravo Interno na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2.240/SP*. Relatora: Min. Laurita Vaz, j. 7.6.2017, *DJe* 20 jun. 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73306230&num_registro=201700112085&data=20170620&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 21 dez. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

COSTA, Gustavo Salles da. *O projeto de estado administrativo brasileiro e a abnegação do direito de Adrian Vermeule*. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://pantheon.ufjf.br/bitstream/11422/5853/1/GSSilva.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ESPÍNDOLA, Renata Carvalho. As políticas públicas de saúde e o mérito dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: considerações sobre a aplicabilidade da doutrina Chenery. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, Brasília, v. 42, n. 1, p. 10-22, jan./jun. 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RevJuridica-PG-DF_v.42_n.1.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

FARIA, Edimur Ferreira de; GOMES, Ana Maria Isar dos Santos. Discricionariedade em política urbana: o caso do viaduto estaiado de Curitiba. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 362-391, 2019.

Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/42294/32600>. Acesso em: 10 jan. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOTOMURA, Amy R. Rethinking administrative law's Chenery Doctrine: lessons from patent appeals at the federal circuit. *Santa Clara Law Review*, v. 53, n. 3, 2014. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2758&context=lawreview>. Acesso em: 19 dez. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

STACK, Kevin M. The constitutional foundations of Chenery. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 116, n. 5, mar. 2007. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/the-constitutional-foundations-of-chenery>. Acesso em: 19 dez. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation*, 318 U.S. 80, 1º/2/1943. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/318/80/case.html>. Acesso em: 9 jan. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Supreme Court of the United States. Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation*, 332 U.S. 194, 23/6/1947. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/194/>. Acesso em: 9 jan. 2021.

Inteligência artificial e polícia preditiva: limites e possibilidades

Primonata Silva Brilhante Telles

Técnica administrativa do Ministério Público Federal. Graduanda do 9º semestre de Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Resumo: O artigo busca compreender o que é polícia preditiva no âmbito da inteligência artificial, discorrendo sobre os modelos de inteligência artificial voltados para a prevenção do crime e os pressupostos de análise criminológica utilizados. Aborda o relato de experiências práticas dos Estados Unidos e da Europa, passando por suas principais críticas éticas, além de seu potencial inovador como alternativa preventiva criminal e controle do espaço público.

Palavras-chave: Inteligência artificial. Polícia preditiva. Softwares preditivos. Prevenção do crime. Estratégias de segurança.

Abstract: The article seeks to understand what is predictive police in the field of artificial intelligence, discussing the artificial intelligence models aimed at crime prevention and the assumptions of criminological analysis used. It addresses the reporting of practical experiences of the United States and Europe, going through its main ethical criticisms in addition to its innovative potential as a criminal preventive alternative and control of the public space.

Keywords: Artificial intelligence. Predictive police. Predictive software. Crime prevention. Security strategies.

Sumário: 1 Introdução. 2 O que é inteligência artificial. 3 O que é polícia preditiva. 4 Como a inteligência artificial aplicada ao policiamento preditivo pode ser utilizada no combate ao crime. 5 Experiências práticas. 6 Limitações e problemas. 7 Conclusões.

1 Introdução

Busca-se neste artigo pesquisar sobre a polícia preditiva como aplicação da inteligência artificial, delimitar o seu conceito, a forma de operação, e, a partir de suas experiências práticas, apresentar suas principais possibilidades de inovação, sem deixar de lado seus pontos problemáticos.

2 O que é inteligência artificial

A explicação de Renan Saisse¹ contextualiza o aprendizado de máquina dentro do conhecimento científico como modelo não paramétrico, fazendo-nos entender melhor a questão:

Para entender melhor é preciso citar que há três tipos de modelos para a Ciência tradicional, são eles: modelos determinísticos, pautados no conhecimento; modelos paramétricos, pautados em pressupostos e os modelos não-paramétricos que são pautados em dados. [...] podemos classificar os modelos não-paramétricos em *modelos de aprendizagem supervisionada e não supervisionada*. (Grifos do original).

Na aprendizagem supervisionada, os dados já estão previamente classificados, isto é, dados bases são fornecidos ao sistema, como um parâmetro de comparação prévio, para que as informações desejadas sejam encontradas.

Em termos técnicos, essa aprendizagem “mapeia um conjunto de inputs para um dado conjunto de resultados, incluindo métodos como regressão linear, árvores de classificação e redes neurais”.²

Em relação à aprendizagem não supervisionada, não existe um banco de dados previamente classificado, mas o banco de dados é formado por uma série de informações soltas que a Inteligência irá

1 SAISSE, Renan. Big data contra o crime: efeito Minority Report. *Revista Digital Direito & TI*, [s. l.], 7 set. 2017. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/big-data-contra-o-crime-efeito-minority-report/>. Acesso em: 4 jul. 2020.

2 SAISSE, 2017.

agrupar e classificar. Assim, ela irá fazendo identificações e correlações entre os dados até que se chegue a um determinado resultado.

3 O que é polícia preditiva

Para entender o que é polícia preditiva e como esta funciona, precisamos primeiramente compreender quais os métodos básicos de análise de dados pela inteligência artificial. A polícia preditiva é uma das aplicações da análise preditiva de dados.

Renan Saisse³ nos explica com maestria sobre esses métodos e como são executados: análise prescritiva, diagnóstica, descritiva e preditiva. A análise prescritiva é utilizada para conhecer as possíveis consequências de determinada ação; a diagnóstica tenta analisar eventos em si, para entender o que aconteceu, quando, onde e por quê; a descritiva pretende trazer respostas para necessidades presentes na análise de dados em tempo real; e, por fim, a preditiva utiliza um banco de dados histórico para traçar tendências sobre possibilidades futuras.

A respeito dos modelos de análise preditiva, Saisse⁴ continua nos esclarecendo:

Para se implantar modelos preditivos de análise primeiramente é preciso entender que um modelo corresponde a uma função matemática capaz de aprender e mapear uma gama de variáveis de entrada de dados, sejam os dados agrupados ou não, e uma variável de saída. [...]

Em modelos preditivos por aprendizagem supervisionada os dados são manipulados ou “ensinados” e introduzidos repetidamente para se obter entradas e saídas desejadas até que se desenvolva o mapeamento automático e reconheça os perfis programados exibindo resultados esperados. Este tipo de modelo utiliza árvores de decisão, redes neurais de retorno de propagação ou máquinas de vetor.

3 SAISSE, 2017.

4 SAISSE, 2017.

Já em modelos preditivos por aprendizagem não supervisionada há um aprendizado “autodidata”, reconhecendo padrões e categorias nos dados apresentados, interpretando e codificando estes em uma saída.

É preciso deixar claro também o que a análise preditiva não é. Ela não é uma previsão cabalística dos acontecimentos. Semelhantemente à previsão meteorológica, ela é indicador de tendências futuras com base em padrões passados e dados presentes, e não um oráculo.

Isso a afasta de análises fantasiosas que preenchem o imaginário de críticos ferozes que a assemelham a obras de ficção científica e programas televisivos. Nesse sentido, Patrick Perrot,⁵ ministro do Interior da França, em seu artigo “What about AI in criminal intelligence? From predictive policing to AI perspectives”, adverte:

O policiamento preditivo é cada vez mais desenvolvido em todo o mundo. Programas de TV e ficção como “The Minority Report” ou “Person of Interest” espalham um efeito pré-crime que é, no entanto, muito diferente da realidade.

Muitos órgãos policiais desenvolvem análises preditivas para encontrar novas oportunidades contra o crime e geralmente são dedicadas a patrulhas. A Gendarmerie Nationale, na França, adotou, através do conceito de inteligência criminal, uma maneira de fornecer informações relevantes para descrever, entender e prever crimes em diferentes escalas: operacional, tática e estratégica.

O objetivo é atualizar o processo de tomada de decisão. Como o crime não é um processo aleatório nem um processo determinístico, existem alguns padrões que podem caracterizá-lo. Obviamente, é muito difícil e provavelmente não é possível identificar todos os recursos relacionados à evolução do crime ou ao comportamento criminoso. (Tradução livre).

5 PERROT, Patrick. What about AI in criminal intelligence? From predictive policing to AI perspectives. *France European Police Science and Research Bulletin*, n. 16, Summer 2017, p. 65. Disponível em: <https://bulletin.cepol.europa.eu/index.php/bulletin/article/view/244/208>. Acesso em: 4 jul. 2020.

Observa-se, portanto, que a análise preditiva do crime não é nem mesmo uma novidade metodológica. Ela já era utilizada em larga escala pelas forças de inteligência da segurança pública. A novidade da inteligência artificial, no entanto, é otimizar essa análise de forma exponencial, numa escala com potencial de eficiência sem precedentes na história, dentro do contexto da Revolução Digital.

Conforme o relatório *Future crime: assessing twenty first century crime prediction*,⁶ do Instituto Igarapé:

A análise preditiva não é nova. Modelos estatísticos e matemáticos têm sido usados há muito tempo para prever onde o crime pode ocorrer em um futuro próximo. As previsões são alternadas com base em uma série de premissas. Por exemplo, a literatura criminológica prevê que crime violento e crime de propriedade não são apenas altamente concentrados em locais específicos, mas também tendem a ocorrer em intervalos previsíveis.

Ferramentas de policiamento preditivo estão sendo implementadas pelos departamentos de polícia da América do Norte, Europa Ocidental e partes da Ásia. Os departamentos de polícia geralmente usam mapas térmicos indicando os locais e horários em que a probabilidade de crime é mais alta. Os policiais mais antigos podem aplicar essas informações ao planejamento de suas operações de rotina e enviam oficiais e carros-patrolha para os locais certos, na hora certa. Essa chamada “estratégia de policiamento de hot spots”, mesclando análise de dados com policiamento direcionado, existe há mais de duas décadas.

Estudos de avaliação científica mostraram que é uma estratégia eficaz de prevenção ao crime. Embora a concentração de recursos nos hot spots criminais possa contribuir para uma dinâmica de deslocamento do crime, geralmente é muito menor do que o esperado. De fato, os departamentos devem atualizar regularmente seus sistemas de dados e estratégias operacionais, pois o próprio crime passa por mudanças estruturais ao longo do tempo.

6 AGUIRRE, Katherine; BADRAN, Emile; MUGGAH, Robert. Future crime: assessing twenty first century crime prediction. *Igarapé Institute*, Rio de Janeiro, Strategic Note 33, jul. 2019a. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2019/07/2019-07-12-NE_33_Future_Crime.pdf. Acesso em: 4 jul. 2020.

Aguirre, Badran e Muggah, em sua pesquisa *The development of the case study: crime prediction for more agile policing in cities*,⁷ promovida pela Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa e por organismos da ONU, descrevem que os pressupostos analíticos da polícia preditiva, ou seja, a forma de interpretação dos dados, baseiam-se na mescla de diversas teorias criminológicas já aplicadas para entender a dinâmica criminal.

Citam como exemplos a teoria rotineira das atividades, a teoria da escolha racional e a teoria do padrão do crime, que buscam explicar por que, onde, quando e como o crime acontece, quem o pratica ou quem é a vítima.

Assim, resumem com brilhantismo como funciona a polícia preditiva:

A previsão de crimes é, por definição, um método misto, envolvendo uma série de tarefas integradas. Isso inclui modelagem de séries temporais, mineração intensiva de dados, análise de pontos críticos e avaliação sociotemporal aplicada a dados históricos de crimes.

É importante enfatizar que o policiamento preditivo vai além das ferramentas básicas de mapeamento on-line que rastreiam o crime. As metodologias estatísticas incluem a teoria da repetição e a análise de pontos de acesso a crimes.

Essas abordagens pressupõem que, uma vez que um crime violento ou de propriedade em particular ocorra em um local específico, é provável que ocorra novamente na mesma área.

Enquanto isso, o modelo de terreno de risco é mais focado na análise geográfica, buscando identificar fatores de risco e características de locais afetados por crimes, como iluminação pública insuficiente e possíveis rotas de fuga.

7 AGUIRRE, Katherine; BADRAN, Emile; MUGGAH, Robert. *The development of the case study: crime prediction for more agile policing in cities*. Geneva: UN Economic Commission for Europe, out. 2019b. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2019/10/460154_Case-study-Crime-prediction-for-more-agile-policing-in-cities.pdf. Acesso em: 4 jul. 2020.

O policiamento preditivo baseia-se em várias teorias estabelecidas do comportamento do crime e na oportunidade do crime, explicando a concentração e a repetição do crime, e por que o crime ocorre em alguns lugares e não em outros.⁸

Nessa esteira, relatam que as aplicações comerciais de análise preditiva se resumem a dois tipos de softwares como soluções comerciais, uns que procuram prever o local do crime e outros que preveem prováveis criminosos e vítimas. Da mesma forma, Carolina Braga⁹ define dois tipos de software de análise preditiva criminal: os baseados no lugar e os baseados na pessoa.

No entanto, nesta pesquisa, e olhando para a realidade nacional, tivemos a oportunidade de antecipar com segurança o surgimento de uma terceira categoria de software de análise preditiva criminal, baseado em padrões de indícios criminosos, ou seja, baseados em fatos indiciários de crimes.

Esses softwares que observamos são voltados a outros tipos penais, que não os já abordados costumeiramente na experiência internacional, especialmente delitos de corrupção, pornografia infantil, ilícitos tributários, aplicação irregular de verbas públicas, crimes previstos na Lei de Licitações.

Esses fatos indiciários de crimes podem ser, por exemplo, a identificação de fotos de pornografia infantil na rede mundial de computadores, transações financeiras suspeitas, ausência de requisitos formais de licitação, especialmente potencializados pelo cruzamento de dados dentre diversas fontes de informação, desde redes sociais, faturas de cartão de crédito ou até mesmo movimentações financeiras digitais.

Isso porque a inteligência artificial já é utilizada no combate ao crime no Brasil em diversos órgãos, como Ministério Público Federal,

8 AGUIRRE; BADRAN; MUGGAH, 2019b.

9 BRAGA, Carolina. Discriminação nas decisões por algoritmos: polícia preditiva. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 671-695.

Polícia Federal, Banco Central, Receita Federal, Controladoria-Geral da União.

No entanto, os softwares utilizados se encaixam, no atual estágio de utilização e com base nas notícias encontradas amplamente na mídia, dentre os padrões de análise de inteligência artificial já abordados neste artigo, *como de análise diagnóstica, e não como análise preditiva*. No entanto, a partir da acumulação e do treinamento dos sistemas com os dados trabalhados, o próximo nível possível nesta evolução será a análise preditiva.

4 Como a inteligência artificial aplicada ao policiamento preditivo pode ser utilizada no combate ao crime

Fei Yang,¹⁰ vinculada ao Departamento de Sociedade, Criminologia e Lei da Universidade da Califórnia, relata em seu artigo “Predictive policing” diversas tecnologias aplicadas ao policiamento preditivo:

Atualmente, muitas jurisdições nos Estados Unidos implantaram ou foram adotadas experimentando várias tecnologias de policiamento preditivo. Os aplicativos mais amplamente adotados incluem CompStat, PredPol, HunchLab, Lista de assuntos estratégicos (SSL), Beware, Sistema de reconhecimento de domínio (DAS) e Palantir. [...]

Alguns exemplos dessas tecnologias de assistência incluem o reconhecimento automático de placas (ALPR), o sistema de identificação de próxima geração (NGI), o sistema de posicionamento global (GPS), a localização automática de veículos (AVL), as câmeras poli-

10 YANG, Fei. Predictive policing. In: OXFORD RESEARCH ENCYCLOPEDIA, CRIMINOLOGY AND CRIMINAL JUSTICE. New York: Oxford University Press, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Fei_Yang121/publication/342216493_Predictive_Policing_Oxford_Research_Encyclopedia_Criminology_and_Criminal_Justice_Oxford_University_Press/links/5ee9463e458515814a652074/Predictive-Policing-Oxford-Research-Encyclopedia-Criminology-and-Criminal-Justice-Oxford-University-Press.pdf. Acesso em: 4 jul. 2020.

ciais de última geração (BWC) com funções de reconhecimento e rastreamento facial, câmeras aéreas e sistemas de aeronaves não tripuladas, DeepFace, Sistemas de Vigilância Persistente, Arraias / D (i) RT-Box / Identificador de identidade internacional de assinante móvel, SnapTrends que monitora e analisa feeds no Twitter, Facebook, Instagram, Picasa, Flickr e YouTube. (Tradução livre).

Dessa forma, com a utilização de todas essas aplicações, observa-se um aumento gigantesco da possibilidade de vigilância e controle do espaço público pelas forças de segurança pública. O que seria para um policial humano até mesmo impossível agora se tornou realidade, como detectar um veículo roubado pela placa numa rodovia cheia de veículos, reconhecer o rosto de um foragido na multidão, saber onde cada pessoa se encontra ou em um dado momento pela identificação do geoposicionamento do seu celular ou até mesmo possuir uma visão privilegiada de um cenário com o uso de equipamentos de vídeo não tripulados (drones).

Dentre os softwares mais impressionantes podemos destacar o ShotSpotter, fabricado inicialmente para detecção de terremotos, que agora é utilizado para capturar sons de tiroteios e avisar a polícia, permitindo-lhe atender a ocorrência com mais rapidez, e consequentemente o socorro médico.

Segundo informações de Alysson Gates e Jessica Reichert, analistas de pesquisa do Centro de Pesquisa e Avaliação da Justiça Criminal de Illinois,¹¹ mais de cem cidades dos Estados Unidos estão utilizando esse sistema de detecção de tiroteios em suas estratégias de policiamento. Os sensores são espalhados em locais estratégicos e podem ajudar a descobrir vários fatos sobre a ocorrência, como quantos atiradores existem na área, o tipo de arma, se são disparados de dentro de um veículo em movimento e em qual direção o veículo está indo.

11 GATENS, Alysson; REICHERT, Jessica. *Police technology: acoustic gunshot detection systems*. Chicago: Illinois Criminal Justice Information Authority, 2019. Disponível em: <http://www.icjia.state.il.us/assets/articles/Shotspotter-Final-191213T18420528.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2020.

Em algumas cidades, como Chicago, o sistema é integrado com câmeras de vídeo, que gravam instantaneamente o que está acontecendo no local e permitem a revisão humana imediata. De toda sorte, a revisão humana é necessária para aferir se não se trata de um falso alerta causado por fogos de artifício, o voo de um helicóptero, ou outra causa de erro. Sua taxa de eficiência é de pelo menos 80%.

A empresa também desenvolveu uma tecnologia de segurança capaz de integrar layouts de escolas com sensores que fornecem informações ao pessoal da polícia e de segurança durante incidentes de atiradores ativos. Um conceito semelhante que detecta tiros por energia e identifica o calibre de armas está sendo considerado para implementação em cinquenta escolas nos Estados Unidos, o que é uma excelente tática de auxílio a atendimentos de emergência.

5 Experiências práticas

Chicago utilizou maciçamente softwares preditivos para o combate ao crime, como o ShotSpotter. As estatísticas evidenciam a diminuição dos índices de violência após sua utilização,¹² porém alguns defendem que os fatos não se relacionam,¹³ no entanto, não apresentam nenhuma outra teoria alternativa convincente.

12 A título exemplificativo, notícia da CNN: “Chicago está registrando uma queda significativa de homicídios pelo terceiro ano consecutivo, notícias que os líderes da cidade estão adotando depois que a Windy City foi apontada como vítima de violência armada durante um 2016 particularmente mortal. A terceira cidade mais populosa do país registrou 490 assassinatos em 2019 até a manhã de terça-feira, segundo a polícia de Chicago – cerca de 13% abaixo do total de 564 em 2018. Isso também representaria uma queda de aproximadamente 35% em relação a 2016, quando Chicago relatou seu maior número de homicídios em duas décadas: 756. Os tiroteios também caíram. A contagem preliminar de tiroteios do departamento de polícia para o ano – 2.139 – é cerca de 9,6% menor que a contagem de 2.367 em 2018. Em uma entrevista coletiva na noite de terça-feira, o superintendente interino da Polícia de Chicago, Charlie Beck, também anunciou uma redução de 17% em roubos em toda a cidade e uma redução de 18% em roubos”. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2019/12/31/us/chicago-murders-drop-2019/index.html>. Acesso em: 4 jul. 2020.

13 GATENS; REICHERT, 2019.

Podemos encontrar um importante indício no trabalho do sociólogo Patrick Sharkey, da Universidade de Nova York, autor da obra *Uneasy peace: the great crime decline, the renewal of life city and the new war on violence*, que estuda o fenômeno do declínio generalizado dos índices de violência nos Estados Unidos da América. Vejamos o que ele declara em entrevista ao jornalista Richard Florida, do site *Bloomberg CityLab*:¹⁴

Duas das tendências mais notáveis nos últimos anos foram o tremendo declínio no crime violento e o retorno de cidades outrora oprimidas e depreciadas. Em seu novo livro, *Uneasy peace: the great crime decline, the renewal of life city and the new war on violence*, o sociólogo da Universidade de Nova York Patrick Sharkey argumenta que essas duas tendências estão inextricavelmente relacionadas. O declínio do crime violento abriu o caminho para o renascimento urbano, e o renascimento urbano, por sua vez, ajudou a estabilizar os bairros e torná-los lugares mais seguros e melhores para se viver.

A violência começou a aumentar na década de 1960 e permaneceu em um nível extremamente alto dos anos 70 ao início dos anos 90. Foi quando a violência começou a cair. Em 2014, a taxa de homicídios era de 4,5 por 100.000 pessoas, e essa era a menor taxa em pelo menos 50 anos. 2014 foi realmente um dos anos mais seguros da história dos EUA.

Aconteceu porque os espaços da cidade se transformaram. Depois de anos em que os bairros urbanos foram largamente abandonados, deixados por conta própria, vários atores diferentes se uniram e transformaram os bairros urbanos. *Parte disso foi a polícia. A aplicação da lei se tornou mais eficaz no que eles estavam fazendo, usando dados sobre onde a polícia deveria estar, onde os problemas estavam surgindo. Eles começaram a fechar os mercados de drogas ao ar livre para realmente acabar com a epidemia de crack, que era uma das principais fontes de crimes violentos em todo o país.*

14 Entrevista concedida em 16 de janeiro de 2018 (FLORIDA, Richard. The great crime decline and the comeback of cities. *Bloomberg CityLab*, [s. l.], 16 jan. 2018. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-01-16/understanding-the-great-crime-decline-in-u-s-cities>. Acesso em: 4 jul. 2020).

Houve outras mudanças também. As forças de segurança privada se expandiram. Empresas privadas começaram a contratar seguranças particulares. Os proprietários começaram a instalar sistemas de alarme e sistemas de câmeras. A tecnologia melhorou e tornou o roubo de veículos a motor muito menos bem-sucedido. As cidades começaram a instalar sistemas de câmeras.

Portanto, não era apenas a polícia. Tratava-se da transformação dos espaços urbanos, de um conjunto de mudanças ocorridas ao mesmo tempo. Parte disso foi uma mobilização local contra a violência, impulsionada por moradores e organizações locais para retomar parques, becos, quarteirões da cidade e enfrentar a violência de uma maneira que as comunidades sempre tentaram, mas o fizeram de maneira muito mais sistemática e abrangente no início dos anos 90. *Essas organizações locais tiveram um efeito causal sobre a violência e seu surgimento deve ser visto ao lado da expansão das forças policiais como uma das mudanças mais importantes que ocorreram na década de 1990. (Grifos nossos).*

Da pesquisa de Sharkey, podemos chegar com segurança à conclusão de que o enfrentamento mais efetivo e inteligente da polícia, orientado a resultados, contribuiu de forma geral para a diminuição da violência. É interessante notar do trecho selecionado que ele cita especialmente as táticas de controle do espaço por prevenção: “A aplicação da lei se tornou mais eficaz no que eles estavam fazendo, usando dados sobre onde a polícia deveria estar, onde os problemas estavam surgindo”.¹⁵

No entanto, o mesmo autor observa que não foi uma conquista exclusivamente do governo, mas que houve um especial engajamento social no combate à violência, inclusive por parte da iniciativa privada em conjunto com as comunidades locais. Podemos concluir que todo o avanço tecnológico no combate à violência faz parte de um contexto mais amplo no qual os cidadãos norte-americanos têm como objetivo o ferrenho combate à criminalidade.

Por outro lado, é interessante notar que na mesma reportagem ele também destaca que os lugares que não observaram queda

15 FLORIDA, 2018.

significativa nos índices de violência são locais onde a corrupção estatal se encontra instalada:

Em lugares como Newark, o nível de violência nunca diminuiu. A taxa de homicídios na cidade de Nova York e Newark parecia muito semelhante há 25 anos. Mas não mudou nada em Newark e despencou na cidade de Nova York. Cincinnati também não viu uma queda na violência.

Não há uma resposta clara. Você tem uma tendência ampla e a realidade cidade a cidade. *Muitas cidades em que a violência não caiu tiveram grandes problemas com governos e forças policiais corruptos. Eles têm sido lugares disfuncionais, onde o departamento de polícia, a cidade e as organizações comunitárias não funcionam bem ou de maneira alguma juntos. Essa é uma característica comum de lugares que não conseguem responder efetivamente à violência.* (Grifo nosso).

6 Limitações e problemas

A inteligência artificial aplicada à polícia preditiva também possui várias limitações. São apontadas especialmente limitações quanto à possibilidade de previsão contra crimes interpessoais ou contra a violência doméstica.

Outro ponto específico muito relevante diz respeito à falta de transparência de como os resultados dos sistemas são gerados, quais os critérios utilizados. Parte intrínseca dessa dificuldade diz respeito ao fato de que, caso haja conhecimento público dos seus critérios, o próprio efeito preventivo poderá se esvaír.

A identificação de vieses humanos no aprendizado de máquinas e a reprodução e a exacerbação de preconceitos também são outro sério efeito colateral a resolver e combater. A identificação desses vieses não é fácil, exige alto conhecimento especializado em diversas áreas do conhecimento. Em alguns casos, ele poderá ser até mesmo impossível de corrigir, pois, caso assim seja feito, perdem-se a eficiência e a integridade do próprio sistema.

Esse problema é umbilicalmente relevante nos modelos preditivos baseados nas pessoas. Nesse sentido, há diversos clamores para o banimento de tais modelos,¹⁶ fundados em boas razões éticas. Acreditamos que essas razões são fortes o suficiente para recomendar que, pelo menos no momento atual, esses softwares deveriam ser restritos exclusivamente ao campo da pesquisa científica, sem embasar decisões governamentais, inclusive pelo fato de ainda estarem em desenvolvimento e, caso sejam utilizados com os erros apontados, poderão ter efeitos nefastos sobre indivíduos e comunidades, talvez até mesmo irreversíveis.

Outra relevante reserva é que apesar de os softwares serem sistemas autônomos, as decisões devem ser exclusivamente humanas. Como bem salientou Perrot, ministro do Interior da França:¹⁷

Geralmente na IA, os sistemas são autônomos e podem decidir o que fazer e depois fazê-lo. No caso da segurança, esse tipo de perspectiva não é admissível, a decisão deve ser humana. O tomador de decisão humano deve ser considerado a peça central das opera-

16 “Certas aplicações de inteligência artificial, incluindo formas de policiamento preditivo, não são ‘aceitáveis’ na UE, afirmou o vice-presidente de política digital da Comissão Europeia, Margrethe Vestager. [...] ‘Se desenvolvido e usado adequadamente, pode fazer milagres, tanto para nossa economia quanto para nossa sociedade’, disse Vestager. ‘Mas a inteligência artificial também pode causar danos’, acrescentou, destacando como algumas aplicações podem levar à discriminação, ampliando preconceitos na sociedade. ‘Os imigrantes e pessoas pertencentes a certos grupos étnicos podem ser alvo de técnicas de policiamento preditivo que direcionam toda a atenção da aplicação da lei para eles. Isto não é aceitável.’ [...] Por seu lado, o grupo de direitos Access Now era uma dessas organizações que pedia uma proibição geral de algumas tecnologias, incluindo ‘usos da IA para fazer previsões comportamentais com um efeito significativo sobre as pessoas’, como tecnologias de policiamento preditivo. ‘Nenhuma salvaguarda ou solução tornaria a vigilância biométrica indiscriminada ou o policiamento preditivo aceitável, justificado ou compatível com os direitos humanos’, dizia uma declaração de Fanny Hidvegi, gerente de políticas da Europa no Access Now. Nesse eixo, o grupo de lobby dos Direitos Digitais Europeus (EDRi) também pediu a proibição de software de policiamento preditivo na UE, dizendo que representa um ‘uso não permitido’ da IA.” (STOLTON, Samuel. Vestager warns against predictive policing in artificial intelligence. *Euractive*, [s. l.], 30 jun. 2020. Disponível em: <https://www.euractiv.com/section/digital/news/vestager-warns-against-predictive-policing-in-artificial-intelligence/>. Acesso em: 4 jul. 2020).

17 PERROT, 2017.

ções policiais, mesmo se alimentado pela IA que acelera a decisão. As decisões humanas devem ser um santuário no campo das atividades policiais. *É seguro dizer que o potencial da IA e sua aplicação contra o crime estão além das fronteiras da nossa imaginação, mas devem ser limitados por questões de privacidade.* As tecnologias de comunicação da informação não podem suplantam as obrigações de privacidade. Essa é uma das principais razões pelas quais a aplicação da lei deve se envolver nesse caminho de desenvolvimento. (Grifo nosso).

Parte das críticas, no entanto, revela um caráter puramente ideológico e se fundamenta no combate à atuação das forças policiais de segurança. Não se baseia em evidências, não propõe modelos alternativos robustos de combate à criminalidade, apenas se limita a vociferar contra a atuação policial.

Seu pressuposto é o discurso antipunitivista de ordem marxista que toma o criminoso como vítima da sociedade, e a polícia e o “capital” como seus algozes, sem, no entanto, conseguir resolver os problemas reais enfrentados diariamente por todos, olvidando que as populações mais pobres, compostas por pessoas inocentes e que não são envolvidas em atividades criminosas, são as mais atingidas pela violência, e as que mais têm a ganhar com a repressão policial contra tiroteios e a violência na periferia.

7 Conclusões

A inteligência artificial nos descortina um mundo infinito de possibilidades e aplicações que podem ser utilizadas de forma a melhorar exponencialmente a qualidade de vida humana em milhares de aspectos, sendo a segurança pública apenas um deles.

Entretanto, todo processo de desenvolvimento tecnológico envolve problemas em seu transcurso, sejam riscos ou transtornos adaptativos, efeitos colaterais. No entanto, a título de ilustração, imagine se a indústria automobilística ou a aviação tivessem sido proibidas em decorrência dos acidentes causados. Em vez disso, seus riscos e suas deficiências foram tratados ao longo do tempo, incorporando-se à sua tecnologia e à sua regulação, e pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que ainda hoje continuam em franca evolução.

Acidentes continuam ocorrendo, nem por isso há qualquer clamor social nem há sociedade urbana que cogite voltar a andar a cavalo. É lógico que os benefícios superam largamente os riscos e efeitos colaterais.

A inteligência artificial, como toda tecnologia, deve ser utilizada submetendo-se à ética, a qual, porém, não apresenta respostas universais, considerando-se a particularidade de cada cultura e o momento histórico. Dentro de uma mesma sociedade, o consenso sobre qualquer questão encontra-se cada vez mais raro, e até mesmo impossível em temas polêmicos.

Nesse aspecto, as críticas e os problemas enfrentados pela utilização da tecnologia não devem ser empecilhos ao seu desenvolvimento e também não devem de forma alguma ser ignorados, e sim instrumentalizados como pontos de partida para o seu aperfeiçoamento, como ocorre em todo processo de desenvolvimento humano e tecnológico.

Referências

AGUIRRE, Katherine; BADRAN, Emile; MUGGAH, Robert. Future crime: assessing twenty first century crime prediction. *Igarapé Institute*, Rio de Janeiro, Strategic Note 33, jul. 2019a. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2019/07/2019-07-12-NE_33_Future_Crime.pdf. Acesso em: 4 jul. 2020.

AGUIRRE, Katherine; BADRAN, Emile; MUGGAH, Robert. *The development of the case study: crime prediction for more agile policing in cities*. Geneva: UN Economic Commission for Europe, out. 2019b. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2019/10/460154_Case-study-Crime-prediction-for-more-agile-policing-in-cities.pdf. Acesso em: 4 jul. 2020.

BRAGA, Carolina. Discriminação nas decisões por algoritmos: polícia preditiva. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 671-695.

FLORIDA, Richard. The great crime decline and the comeback of cities. *Bloomberg CityLab*, [s. l.], 16 jan. 2018. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-01-16/understanding-the-great-crime-decline-in-u-s-cities>. Acesso em: 4 jul. 2020

GATENS, Alysson; REICHERT, Jessica. *Police technology: acoustic gunshot detection systems*. Chicago: Illinois Criminal Justice Information Authority, 2019. Disponível em: <http://www.icjia.state.il.us/assets/articles/Shotspotter-Final-191213T18420528.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2020.

PERROT, Patrick. What about AI in criminal intelligence? From predictive policing to AI perspectives. *France European Police Science and Research Bulletin*, n. 16, p. 65-75, Summer 2017. Disponível em: <https://bulletin.cepol.europa.eu/index.php/bulletin/article/view/244/208>. Acesso em: 4 jul. 2020.

SAISSE, Renan. Big data contra o crime: efeito Minority Report. *Revista Digital Direito & TI*, [s. l.], 7 set. 2017. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/big-data-contra-o-crime-efeito-minority-report/>. Acesso em: 4 jul. 2020.

STOLTON, Samuel. Vestager warns against predictive policing in artificial intelligence. *Euractive*, [s. l.], 30 jun. 2020. Disponível em: <https://www.euractiv.com/section/digital/news/vestager-warns-against-predictive-policing-in-artificial-intelligence/>. Acesso em: 4 jul. 2020

YANG, Fei. Predictive policing. In: OXFORD RESEARCH ENCYCLOPEDIA, CRIMINOLOGY AND CRIMINAL JUSTICE. New York: Oxford University Press, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Fei_Yang121/publication/342216493_Predictive_Policing_Oxford_Research_Encyclopedia_Criminology_and_Criminal_Justice_Oxford_University_Press/links/5ee9463e458515814a652074/Predictive-Policing-Oxford-Research-Encyclopedia-Criminology-and-Criminal-Justice-Oxford-University-Press.pdf. Acesso em: 4 jul. 2020.

Da necessidade da implementação de políticas públicas no combate ao racismo estrutural

Renata Guimarães Andrade Tanure

Assessora jurídica na Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito e Processo do Trabalho.

Resumo: O estudo destina-se a problematizar a relevância da implementação de políticas públicas no combate ao racismo estrutural. Para tanto, fez-se necessária a demonstração do cenário social existente, a fim de refletir sobre como os negros se inserem no mercado de trabalho brasileiro, além da análise das legislações vigentes que versem sobre o tema. Percebeu-se que o arcabouço jurídico vigente confere legalidade e legitimidade à utilização das ações afirmativas voltadas à inserção do negro do mercado de trabalho e objetiva a observância dos princípios da igualdade e da não discriminação. Por fim, destaca-se que as empresas privadas, ao implementarem tais ações, estão atendendo a sua função social.

Palavras-chave: Negro. Políticas públicas. Racismo estrutural. Igualdade.

Abstract: The study has an analytical approach to the implementation of public policies against structural racism. To this end, in addition to the analysis of the current laws on the theme, it was necessary to demonstrate the existing social scenario, in order to reflect on how black people fit into the Brazilian labor market. It was noticed that the current legal framework gives legality and legitimacy to the use of affirmative actions that aims to increase the number of black people into the labor market. For that, these actions also make possible the accomplishment of the principles of equality and non-discrimination. Finally, the article highlights that companies, by implementing them, are fulfilling the social function of the private sector.

Keywords: Black people. Public policy. Structural racism. Equality. Private sector.

Sumário: 1 Introdução. 2 A inserção do negro no mercado de trabalho brasileiro. 2.1 O cenário social e jurídico que os negros encontraram após a abolição da escravidão. 2.2 O negro no Estado Democrático de Direito. 3 As políticas públicas como mecanismo de efetivação de direitos. 4 O racismo estrutural na sociedade brasileira. 5 Da legalidade e legitimidade da política afirmativa empresarial. 5.1 Da observância aos princípios da igualdade e da não discriminação. 5.2 Da função social das empresas privadas. 6 Conclusões.

1 Introdução

A proposta do presente artigo é demonstrar a relevância da implementação de políticas públicas no combate ao racismo estrutural. O *case* do Magazine Luiza, que, em 2020, realizou processo seletivo exclusivo para admissão de *trainees* negros, foi um grande motivador para a pesquisa da realidade dos negros no mercado de trabalho e a constatação da efetiva necessidade das ações afirmativas.

A priori, para enquadramento do estudo que se pretende, caberá averiguar como transcorreu o ingresso do negro no mercado de trabalho, após a abolição da escravatura. Nesse ponto, impende verificar qual era o tratamento conferido aos negros pelo ordenamento jurídico vigente à época.

Após, cumpre averiguar o cenário atual de racismo existente na sociedade brasileira e o arcabouço legal de proteção com a instituição do Estado Democrático de Direito. Nesse momento, caberá abordar a importância das políticas públicas na concretização de direitos. Registre-se que a análise do arcabouço histórico e jurídico é de suma relevância para a verificação da legalidade e da legitimidade da política empresarial afirmativa nas empresas.

Em verdade, o que se visa com o presente trabalho é des-trinchar, da forma mais didática possível, o porquê da necessidade da implementação de ações afirmativas para combater o racismo estrutural na sociedade brasileira. Com efeito, caberá rechaçar os argumentos contrários lançados e defender a observância dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação.

2 A inserção do negro no mercado de trabalho brasileiro

Para realizar o estudo do objeto pretendido, não é possível partir de outro lugar que não o de entender como se deu o ingresso do negro no mercado de trabalho. Com efeito, cabe inicialmente a verificação de como os negros foram recebidos no mercado de trabalho após o fim da escravidão no Brasil.

2.1 O cenário social e jurídico que os negros encontraram após a abolição da escravidão

A análise do cenário que precedeu a libertação dos escravos e que se estabeleceu posteriormente demonstra a total ausência de real interesse humanitário e de integração do negro na ordem econômica e social da sociedade brasileira. De fato, o que se constatou foi a ausência de medidas assistenciais e orientadoras para a assimilação do negro à ordem social competitiva.

Os negros, quando não mais atenderam aos interesses econômicos vigentes, foram lançados à própria sorte, sendo subjugados aos ofícios que exigiam força bruta, degradantes e mal remunerados. Em sua obra *A integração do negro na sociedade de classes*, Florestan Fernandes demonstra o que esperou os negros com a desagregação do regime escravocrata:

A DESAGREGAÇÃO DO REGIME ESCRAVOCATA e senho-
rial se operou, no Brasil, sem que se cercasse a destituição dos antigos
agentes de trabalho escravo de assistência e garantias que os prote-
gessem na transição para o sistema de trabalho livre. Os senhores
foram eximidos da responsabilidade pela manutenção e segurança
dos libertos, sem que o Estado, a Igreja ou outra qualquer instituição
assumisse sem encargos especiais, que tivessem por objeto prepará-
-los para o novo regime de organização da vida e do trabalho. O
liberto se viu convertido, sumária e abruptamente, em senhor de si
mesmo, tornando-se responsável por sua pessoa e por seus dependen-
tes, embora não dispusesse dos meios materiais e morais para realizar
essa proeza nos quadros de uma economia competitiva.

[...]

O negro e o mulato foram eliminados das posições que ocupavam no artesanato urbano pré-capitalista ou no comércio de miudezas e de serviços, fortalecendo-se de modo severo a tendência a confiná-los a tarefas ou ocupações brutas, mal retribuídas e degradantes.¹

Cumulativamente, vigia à época um arcabouço jurídico que legitimava e fortalecia a estrutura racista da sociedade brasileira. Nesse sentido, a Lei de Terras de 1850² impedia o acesso do negro a terras, o Decreto n. 528 de 1890³ sujeitava à autorização especial do Congresso a entrada no País de pessoas vindas da Ásia e da África, com claro intuito de clareamento da população, e os Códigos Municipais de Posturas, como o do Estado de São Paulo (1886-1920), vedavam a ocupação de determinados cargos e profissões por negros, além de determinar os locais em que estes poderiam estabelecer moradia.⁴ No âmbito constitucional, a Constituição de 1934 previa a obrigatoriedade da educação eugenista e da higienização racial.

2.2 O negro no Estado Democrático de Direito

Com o fomento de debates acadêmicos, sociais e políticos que perpassaram primeiramente pela admissão de que o Brasil é um

-
- 1 FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. O legado da raça branca. São Paulo: Globo, 2008. v. 1, p. 29/41.
 - 2 BRASIL. *Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850*. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20terras%20devolutas,sem%20preenchimento%20das%20condi%C3%A7%C3%B5es%20legais. Acesso em: 11 jan. 2021.
 - 3 BRASIL. *Decreto n. 528, de 28 de junho de 1890*. Regulariza o serviço da introdução e localização de imigrantes na República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Regularisa%20o%20servi%C3%A7o%20da%20introduc%C3%A7%C3%A3o,dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil.&text=3%C2%BA%20A%20policia%20dos%20portos,como%20dos%20mendigos%20e%20indigentes>. Acesso em: 11 jan. 2021.
 - 4 RAMATIS, Jacino. *O negro no mercado de trabalho em São Paulo pós abolição – 1912/1920*. 2013. Tese (Doutorado em História Econômica) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8137/tde-11042013-093449/pt-br.php>. Acesso em: 11 jan. 2021.

país racista foi possível verificar a formação de uma nova conjuntura. É preciso que se diga que tal admissão foi de suma relevância, tendo em vista que só se estuda e problematiza algo que se reconhece, que existe. É nesse cenário, inclusive, que se rechaça o mito da democracia racial.⁵⁻⁶⁻⁷

Os estudos que se seguiram demonstraram a íntima relação entre a discriminação racial e a estratificação social, bem como o interesse na manutenção dos negros no local em que foram colocados, a fim de se manter a estrutura de privilégios existente.

Sobre a discriminação racial e seus impactos na estratificação social impende trazer o livro *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*, de Carlos Hasenbalg, publicado pela primeira vez em 1979. O autor alterou a lógica dos estudos do tema, rechaçando as teses anteriormente elaboradas de que o preconceito e a discriminação racial correspondiam a meros resquícios de um passado que desapareceria com o tempo e enquadrando-as como discursos funcionais para a preservação dos privilégios.

Cumprir transcrever o seu ensinamento acerca da perpetuação de padrões tradicionais com a funcionalidade de manter a relação de subordinação e benefícios:

No procedimento explicativo baseado em “sobrevivências”, “atrasos” e “arcaísmos”, aqueles conceitos têm um valor heurístico, indicando a origem e descrevendo a filiação de uma subestrutura; mas não explicam a sua permanência e operação dentro da nova estrutura. Como em qualquer sistema de estratificação social, a persistência de uma estratificação racial deve ser funcionalmente relacionada aos ganhos materiais e simbólicos que cabem ao grupo superior.

5 MUNANGA, Kabengele. Teoria social e relações raciais no Brasil contemporâneo. *Cadernos Penesb*, Niterói, n. 12, p. 169-203, 2010.

6 GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Como trabalhar com “raça” em sociologia. *Educação e Pesquisa (USP)*, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 93-108, 2003.

7 BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. *Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo*. São Paulo: Anhembi, 1995.

Nas palavras de Stanislav Andreski: Uma vez que uma superposição bem definida de raças passa a existir, cria-se uma situação em que é bastante racional para seus beneficiários tentar perpetuá-la. Assim, independentemente do conteúdo irracional das crenças e ideologia racial, as práticas racistas podem ser racionais em termos da preservação da estrutura de privilégios dos brancos.⁸

Ao abordar a máxima existente à época de que havia uma incompatibilidade entre a industrialização e o racismo, Hasenbalg demonstrou que a nova estruturação da divisão do trabalho manteve a lógica vigente de divisão racial do trabalho. Com efeito, atestou que “a raça é assim mantida como símbolo de posição subalterna na divisão hierárquica do trabalho e continua a fornecer a lógica para confinar os membros do grupo racial subordinado àquilo que o código racial da sociedade define como seus ‘lugares apropriados’”.⁹

A conscientização da existência de um cenário de total desassistência aos negros, após 100 anos do fim da escravidão, e a formação do Estado Democrático de Direito, norteado por princípios e direitos sociais, foram de suma relevância para a estruturação de normas jurídicas voltadas a vincular o Poder Público e as empresas privadas ao compromisso de implementar políticas públicas afirmativas capazes de promover a melhor inserção do negro no mercado de trabalho, em igualdade real e material de oportunidade.

Nesse sentido, é preciso pontuar que a Constituição de 1988, popularmente conhecida por “Constituição Cidadã”, traz como princípios fundamentais estruturantes o princípio da dignidade e o princípio da igualdade, conforme se verifica:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...].

8 HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG: Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005, p. 83.

9 HASENBALG, 2005, p. 89-90.

III - *a dignidade da pessoa humana;*

[...].

Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. (Grifos acrescidos).*

Ademais, o mencionado diploma legal destaca que o Brasil possui como objetivo fundamental a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça ou cor. Vejamos o que dispõe o art. 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e *reduzir as desigualdades sociais* e regionais;

IV - *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.* (Grifos acrescidos).

Por fim, a Constituição Federal dispõe, no *caput* do seu art. 6º, que o direito ao trabalho corresponde a um direito social e que se traduz na concepção de que o cidadão brasileiro tem o direito de possuir um trabalho digno.

3 As políticas públicas como mecanismo de efetivação de direitos

Apesar de todas as citadas disposições legais, é certo que os direitos sociais não se configuram como direitos que podem ser meramente atribuídos a um determinado indivíduo, sendo necessárias, na maioria das vezes, efetivas prestações materiais. Por isso, não se pode imaginar a concretização dos direitos sociais sem que haja a implementação de políticas públicas.

É preciso dizer, desde já, que as políticas públicas correspondem a um agir, uma atuação do ente estatal e da sociedade de forma pla-

nejada que tem por finalidade alcançar metas pré-estabelecidas na concretização de direitos fundamentais, tal como define Barcellos:

[...] compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diversos tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como “políticas públicas”. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.¹⁰

A própria Constituição Federal estabelece que a política pública é o mecanismo apto para a realização dos direitos sociais. Nessa senda, em alguns momentos utiliza o termo “plano”, que é a exteriorização das políticas públicas, e em outros emprega o termo “programa”, sendo certo que em ambos os casos o constituinte originário deixa latente a obrigação da atuação administrativa, a fim de concretizar tais direitos.

Outrossim, é preciso destacar que a implementação de políticas públicas requer a iniciativa do Estado, de uma forma ampla. É preciso, contudo, que haja uma atuação conjunta e harmônica entre os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e a sociedade civil para que os direitos fundamentais sociais possam ser concretizados de forma satisfatória.

4 O racismo estrutural na sociedade brasileira

Quando o programa de *trainees* do Magazine Luiza foi divulgado, foram levantadas diversas críticas positivas e negativas ao ato empresarial. No que tange às críticas negativas, constatou-se um sentimento de estranheza por parte da população brasileira.

¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 90.

Houve quem proferisse o discurso de existência de racismo reverso. Outros questionaram a necessidade da implementação de ações afirmativas sobre a temática no âmbito das empresas privadas. Diante desse cenário foi necessário, inclusive, que órgãos públicos que defendem os direitos das minorias se manifestassem para esclarecer a legalidade de tal ação.¹¹

Contudo, é preciso demonstrar que, de um modo geral, a lógica existente é de que o corpo negro é construído socialmente como “objeto intrinsecamente ameaçador, do qual é preciso proteger-se, desfazer-se, ou que, simplesmente, é preciso destruir, devido a não conseguir assegurar o seu controle total”.¹² Para a abordagem da questão, faz-se necessário averiguar como o racismo se estrutura na sociedade brasileira, com a análise de dados oficiais sobre a ocupação dos negros no mercado de trabalho. Vejamos.

Os dados obtidos nos órgãos públicos oficiais revelam a existência de uma realidade complexa, difícil e desigual para os negros que desejam adentrar no mercado de trabalho. Nesse sentido, cumpre pontuar que o *Censo Demográfico* destacou que 55,8% da população brasileira se autodeclara negra.¹³

Ocorre que, embora sejam a maioria, são também os maiores alvos do desemprego (55,8%) e de salários menores, além de serem minoria entre os que ocupam os cargos de mando e gestão. Os dados obtidos da PNAD/IBGE revelam:

Em 2019, a população ocupada de cor ou raça branca ganhava, em média, 73,4% mais do que a de cor ou raça preta [...]. Em 2019, a população ocupada de cor ou raça branca recebia rendimento-

11 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. *Nota Pública PFDC-GT1-002/2020*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pfdc/manifestacoes-pfdc/notas-publicas/nota-publica-pfdc-gt1-002-2020>. Acesso em: 16 jan. 2021.

12 MBEMBE, Achile. *A crítica da razão negra*. Lisboa: Antígona, 2014, p. 26.

13 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 25 dez. 2020.

-hora superior à população preta ou parda para qualquer nível de instrução, sendo a diferença maior na categoria Superior completo, R\$ 33,90 contra R\$ 23,50, ou seja, 4,3% a mais para brancos [...].¹⁴

Neste último ponto, impende registrar que recente relatório veiculado pelo portal *VAGAS.com*, em 2020, destacou que, apesar de os negros serem percentualmente a maioria entre os que concluíram os ensinos fundamental, médio e profissionalizante e possuem percentual quase igual ao dos brancos no que tange aos formados no ensino superior, são maioria apenas nas posições operacionais e técnicas do mercado de trabalho. Com efeito, a partir do nível júnior, percebeu-se que a presença vai decaindo.

Segundo dados do citado relatório, 8,9 dos cargos de nível pleno são ocupados por negros ante 13% dos brancos e 12% dos amarelos. No cargo de direção, 0,7 é o percentual de ocupação por negros, enquanto brancos, amarelos e indígenas ocupam 2% cada. Esse cenário somente se altera quando se verificam os cargos de posições operacionais (47,6%) e técnicas (11,4%).¹⁵

Os dados a que se teve acesso evidenciam uma clara discrepância entre negros e brancos no que tange aos postos de trabalho de suporte e gestão das empresas. Revelam claramente a presença do racismo estrutural no mercado de trabalho, que discrimina o trabalhador negro e oferta menos oportunidades de empregos que sejam capazes de importar em uma significativa ascensão social.

Em verdade, as críticas suscitadas tanto à criação de normas legais que preveem o incentivo à implementação de ações afir-

14 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. (Estudos e Pesquisas: Informação demográfica e Socioeconômica, n. 43), p. 33-34. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2020.

15 GIMENES, Diego. Mercado de trabalho: negros são minoria em cargos de médio e alto escalão. *Veja*, [s. l.], 19 set. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/mercado-de-trabalho-negros-sao-minoria-em-cargos-de-medio-e-alto-escalao/>. Acesso em: 12 jan. 2021.

mativas, que promovam a oferta de oportunidade aos negros de adentrarem em cargos de gestão e direção de empresas privadas, quanto à efetivação de tais normas são decorrência do racismo estrutural. Nesse aspecto, cumpre valer-se de doutrina abalizada que aborde a temática.

Sobre o racismo estrutural, ensina Silvio Almeida:

Em resumo: o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo “normal” com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo *racismo é regra e não exceção*.¹⁶ (Grifos acrescidos).

Com efeito, é certo que a sociedade brasileira é estruturada de modo a não proporcionar uma alteração do *status quo* do cidadão brasileiro negro, qual seja, o local de discriminação. Registre-se, inclusive, que, após o *case* do Magazine Luiza, a cofundadora da empresa Nubank, durante o programa *Roda Vida*, demonstrou claramente a presença do preconceito no âmbito laboral ao afirmar “que a contratação de profissionais negros é difícil e que a empresa não pode ‘nivelar por baixo’”.¹⁷ Trata-se de uma lógica que atende aos interesses daqueles que sempre estiveram e querem continuar em seus locais de privilégios.

Sobre esse cenário, Abdias do Nascimento já sinalizava a existência da determinação da posição social e econômico pelo fator racial:

Se os negros vivem nas favelas porque não possuem meios para alugar ou comprar residência nas áreas habitáveis, por sua vez a falta de dinheiro resulta da *discriminação no emprego*. Se a falta de emprego é

16 ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 38.

17 FUNDADORA do Nubank pede desculpas por dizer ser difícil contratar negros. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 out. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/10/fundadora-do-nubank-pede-desculpas-por-dizer-ser-dificil-contratar-negros.shtml>. Acesso em: 4 jan. 2020.

por causa de carência de preparo técnico e de instrução adequada, a falta desta aptidão se deve à ausência de recurso financeiro. *Nesta teia, o afro-brasileiro se vê tolhido de todos os lados, prisioneiro de um círculo vicioso de discriminação – no emprego, na escola – e trancadas as oportunidades que lhe permitiriam melhorar suas condições de vida, sua moradia, inclusive. Alegações de que esta estratificação é “não racial” ou puramente social e econômica” são chavões que se repetem e racionalizações basicamente racistas: pois o fator racial determina a posição social e econômica na sociedade brasileira.*¹⁸ (Grifos acrescidos).

Os dados narrados demonstram efetivamente que a realidade brasileira para os negros que desejam adentrar no mercado de trabalho não é de respeito à sua dignidade e em observância aos princípios da igualdade e da não discriminação. Somente por meio da implantação das ações afirmativas é possível mudar o quadro social.

5 Da legalidade e legitimidade da política afirmativa empresarial

A consciência de que a sociedade brasileira é regida pelo racismo estrutural e que o ordenamento jurídico brasileiro prevê as políticas públicas como instrumentos capazes de efetivar os direitos fundamentais sociais torna invariável a conclusão da necessidade de implementação de ações afirmativas contra a discriminação racial. Com efeito, os dados citados anteriormente demonstram uma conjuntura que torna legítimas tais ações afirmativas, pois são elas que serão capazes de corrigir desigualdades raciais históricas.

Sobre a legalidade da política empresarial afirmativa, impende destacar que é conferida pelo Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/2010), que prevê expressamente no nosso ordenamento jurídico a implantação para a participação da população negra na sociedade em condição de igualdade de oportunidade em diversos âmbitos. Vejamos o que dispõem os arts. 4º e 39 do diploma legal:

¹⁸ NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. 3. ed. São Paulo: Perspectivas, 2016, p. 101.

Art. 4º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;

[...]

V - eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada;

VI - estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos;

VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

[...].

Art. 39. *O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.*

§ 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

[...]

§ 3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.¹⁹ (Grifos acrescidos).

As previsões se encontram em consonância, ainda, com as demais normas existentes na Constituição Federal de 1988, bem como nos tratados e convenções internacionais acerca da matéria. Com efeito, a Convenção Internacional da ONU contra a Discriminação Racial ampara as políticas empresariais de adoção de medidas de discriminação positiva ao destacar que não devem ser consideradas como discriminação racial. É o que se verifica:

PARTE I

Artigo I

[...]

4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.²⁰

5.1 Da observância aos princípios da igualdade e da não discriminação

É certo que a adoção de ação afirmativa voltada à inserção do negro no mercado de trabalho visa à observância dos princípios da igualdade e da não discriminação, e para que não se alegue que o

¹⁹ BRASIL. *Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010*. Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 17 jan. 2021.

²⁰ BRASIL. *Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969*. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 17 jan. 2021.

ato é discriminação contra os brancos, faz-se necessária uma breve abordagem dos citados princípios.

Como destacado anteriormente, a Constituição prevê que todo ser humano tem o direito de ser tratado de forma igual. O tratamento isonômico perante a lei se refere ao caráter formal do princípio da igualdade. Contudo, é certo que a ideia de igualdade perante a lei não é suficiente para combater as desigualdades existentes.

Para que a igualdade possa ser experimentada também por grupos sociais minoritários, que são subjugados por questões sociais, naturais ou culturais, é necessário que ultrapasse o seu caráter formal para o campo material. Em outros termos, para igualar grupos socialmente desiguais é preciso levar em consideração as diferenças existentes, ofertando instrumentos capazes de efetivamente igualar.

Sobre a alteração da concepção do princípio da igualdade, cumpre transcrever o ensinamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

[...] a sociedade compreende a fragilidade do princípio jurídico da igualdade formal e sua ineficácia. Seu afastamento da realidade, plural e diversa, mas com um polo humano igual a cada estranho homem de que o outro se faz irmão e com quem, fraternal ou desirmanadamente, faz a sua história marca a tentativa de se reabilitar o Direito e construí-lo sob a égide de um novo-velho conceito de Justiça. O princípio da igualdade é imperativo para a construção de uma sociedade justa e para tanto há que se debastarem não apenas os privilégios que os nomes e as medalhas conferem e que fazer rebrilhar as desigualdades. Também as desigualdades pequenas, descoloridas sob enfoques enganadores, sorratamente inculcadas, artificialmente criadas pelos próprios homens em benefício do criador, promovem a injustiça, travam a dinâmica social séria, induzem à violência. A lei que afirma a igualdade dos homens não é bastante se não vem acompanhada de instrumentos capazes de torná-la um princípio eficaz. Como posto em conhecida lição de João Mangabeira: “A igualdade perante a lei não basta para resolver as contradições criadas pela produção capitalista”.²¹

21 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 35-36.

Assim, diante do entendimento do princípio da igualdade em sua concepção formal e material, evidente que a ação afirmativa de inserção do negro no mercado de trabalho é tratamento distinto voltado à reinserção social. O propósito é auxiliar na superação das disparidades e no alcance da igualdade real de oportunidade, sendo medida necessária para reparar um histórico de subjugação e de discriminação no mercado laboral.

Ante o exposto, é certo que a postura adotada pelo Magazine Luiza e pelas demais empresas privadas se revela uma discriminação positiva, não caracterizada de ato ilícito e que visa à igualdade material. Trata-se de ação, como visto, respaldada pelo Estatuto da Igualdade Racial e pela Convenção Internacional da ONU contra a Discriminação Racial.

5.2 Da função social das empresas privadas

Por fim, nesse contexto, não se pode deixar de lado o papel social das empresas privadas na busca pela alteração do cenário de discriminação racial do negro. Com efeito, é certo que o ordenamento jurídico vigente já obriga a contratação de negros na Administração Pública, mas isso não exclui a responsabilidade que as empresas privadas possuem sobre a questão.

Com efeito, diante de uma sociedade em que o racismo estrutural se faz presente, é preciso que haja uma atuação individual e coletiva de enfrentamento, que perpassa logicamente por ações concretas por parte das empresas privadas. É através da implementação de ações afirmativas que as empresas demonstram a sua real preocupação com a pauta. Sobre a questão elucidada Silvio Almeida:

Em uma sociedade em que o racismo está presente na vida cotidiana, as instituições que não tratarem de maneira ativa e como um problema a desigualdade racial irão facilmente reproduzir as práticas racistas já tidas como “normais” em toda a sociedade. [...]. Enfim, sem nada fazer, toda instituição irá tornar-se uma correia de transmissão de privilégios e violências racistas e sexistas. De tal modo que se o racismo é inerente à ordem social, a única forma de

uma instituição combater o racismo é por meio da implementação de práticas antirracistas efetivas. É dever de uma instituição que *realmente* se preocupe com a questão racial investir na adoção de políticas internas que visem:

- a) promover a igual e a diversidade em suas relações internas e com o público externo – por exemplo, na publicidade;
- b) remover obstáculos para a ascensão de minorias em posições de direção e de prestígios na instituição;
- c) manter espaços permanentes para debates e eventual revisão de práticas institucionais;
- d) promover o acolhimento e possível composição de conflitos raciais e de gênero.²² (Grifo acrescido).

No ordenamento jurídico, é preciso que se destaque que, embora a Constituição Federal tenha como fundamento a livre iniciativa (art. 1º), também estabelece que a propriedade atenderá a sua função social e que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Além disso, destaca que a ordem econômica deverá observar o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais.

Art. 5º [...]

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

[...].

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

III – função social da propriedade

VII – redução das desigualdades regionais e sociais; [...].

22 ALMEIDA, 2018, p. 37.

Ante o exposto, evidente que, na luta antirracista, não é possível imaginar a ausência de comprometimento por parte das empresas privadas em possuir negros em locais de mando e protagonismo da gestão empresarial.

6 Conclusões

O estudo sobre a necessidade da implementação de políticas públicas no combate ao racismo estrutural fez emergir o cenário de discriminação racial que atinge o negro que adentra no mercado de trabalho brasileiro.

Constatou-se que, antes e após a abolição da escravatura, o negro não encontrou nenhuma assistência social ou legal para que pudesse se inserir de forma igualitária na sociedade brasileira. Pelo contrário, vigiam expressamente normas de caráter racista e excludente. O contexto somente veio a ser alterado quando ganharam força os estudos acadêmicos e as lutas sociais e políticas que defendiam a existência do racismo no Brasil e a falácia do discurso do mito da democracia racial.

A conscientização de que o Brasil é um país racista auxiliou na formação de um ordenamento jurídico pautado no respeito ao princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da não discriminação. Visando à concretização dos citados princípios, estabeleceu-se que as políticas públicas são os mecanismos apropriados para a concretização de direitos.

A implementação de ações afirmativas voltadas à inserção do negro no mercado de trabalho é medida que se faz necessária quando se verifica que os negros recebem menos, são alvos constantes do desemprego e não se encontram em locais de mando e protagonismo no âmbito das empresas. Ações afirmativas desse cunho são discriminações positivas que visam à concretização da igualdade material.

Registre-se que tais medidas são necessárias em um país regido pelo racismo estrutural, ou seja, um racismo que permeia

todos os âmbitos da sociedade, estando adstrito não somente à vida individual do cidadão brasileiro, mas também a todas as estruturas sociais, como é o caso do mercado de trabalho.

Destarte, o que se conclui é que a relevância deste estudo se evidencia pela necessidade de atentar para a concretização de políticas públicas, tendo em vista que, se fossem efetivadas, seriam capazes de, se não eliminar, diminuir diversas mazelas sociais existentes.

Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. *Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo*. São Paulo: Anhembi, 1995.

BRASIL. *Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850*. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20terras%20devolutas,sem%20preenchimento%20das%20condi%C3%A7%C3%B5es%20legais. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 528, de 28 de junho de 1890*. Regulariza o serviço da introdução e localização de imigrantes na República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Regularisa%20o%20servi%C3%A7o%20da%20introduc%C3%A7%C3%A3o,dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brazil.&text=3%C2%BA%20A%20policia%20dos%20portos,como%20dos%20mendigos%20e%20indigentes>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969*. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. *Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010*. Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. *Nota Pública PFDC-GT1-002/2020*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pfdc/manifestacoes-pfdc/notas-publicas/nota-publica-pfdc-gt1-002-2020>. Acesso em: 16 jan. 2021.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. O legado da raça branca. São Paulo: Globo, 2008. v. 1.

FUNDADORA do Nubank pede desculpas por dizer ser difícil contratar negros. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 out. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/10/fundadora-do-nubank-pede-desculpas-por-dizer-ser-dificil-contratar-negros.shtml>. Acesso em: 4 jan. 2020.

GIMENES, Diego. Mercado de trabalho: negros são minoria em cargos de médio e alto escalão. *Veja*, [s. l.], 19 set. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/mercado-de-trabalho-negros-sao-minoria-em-cargos-de-medio-e-alto-escalao/>. Acesso em: 12 jan. 2021.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Como trabalhar com “raça” em sociologia. *Educação e Pesquisa (USP)*, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 93-108, 2003.

HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG: Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 25 dez. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. (Estudos e Pesquisas: Informação demográfica e Socioeconômica, n. 43), p. 33-34. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2020.

MBEMBE, Achile. *A crítica da razão negra*. Lisboa: Antígona, 2014.

MUNANGA, Kabengele. Teoria social e relações raciais no Brasil contemporâneo. *Cadernos Penesb*, Niterói, n. 12, p. 169–203, 2010.

NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. 3. ed. São Paulo: Perspectivas, 2016.

RAMATIS, Jacino. *O negro no mercado de trabalho em São Paulo pós abolição – 1912/1920*. 2013. Tese (Doutorado em História Econômica) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8137/tde-11042013-093449/pt-br.php>. Acesso em: 11 jan. 2021.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

Termo de ajuste de conduta no âmbito disciplinar dos servidores do Ministério Público da União

Robson Luiz de Souza Braga

Servidor do Ministério Público Federal. Professor de Direito da Faculdade Pitágoras. Especialista em Gestão Pública. Especializando em Direito Público.

Resumo: O objetivo deste artigo é sugerir ao Ministério Público da União que, em seus quatro ramos, adote o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como instrumento alternativo a ser aplicado no âmbito disciplinar dos servidores, de forma rápida e eficiente. Dessa forma, serão analisados o Poder disciplinar da Administração Pública e os meios tradicionais de solução, tais como sindicância e processo administrativo disciplinar. Além disso, serão apresentados os benefícios da adoção do Termo de Ajustamento de Conduta, tais como a redução de custos com processo administrativo, ganho em eficiência e melhoria do clima organizacional. Ao final, verificar-se-á que a utilização do Termo de Ajustamento de Conduta pelo Ministério Público da União, com objetivo de resolver pequenos incidentes disciplinares, será uma medida de grande valia.

Palavras-chave: Processo administrativo disciplinar. Termo de ajustamento de conduta.

Abstract: The objective of this article is suggesting to the Public Prosecutor's Office, in its four branches, that it adopts the Conduct Adjustment Agreement (TAC) as an alternative instrument to be applied in the disciplinary scope of civil servants, quickly and efficiently. Thus, the traditional means of solution of the Disciplinary Power of Public Administration, such as investigation and administrative disciplinary process, will be analyzed. In addition, the benefits of adopting TAC will be presented, such as cost reduction with administrative process, efficiency gain, and improvement of the organizational climate. Finally, it will be verified that the use of TAC by the Public Prosecutor's Office, in order to resolve minor disciplinary incidents, will be a measure of great value.

Keywords: Administrative disciplinary process. Conduct adjustment agreement.

Sumário: 1 Introdução. 2 O poder disciplinar. 3 Processo administrativo federal. 3.1 Sindicância. 3.2 Processo administrativo disciplinar (PAD). 4 Termo de ajustamento de conduta. 5 Considerações finais.

1 Introdução

O Ministério Público da União, através dos quatro ramos que o compõem, comporta quadro próprio de servidores públicos para alcançar seus objetivos institucionais. Dessa forma, existe um expressivo número de pessoas que laboram diariamente nas diversas unidades espalhadas pelo País.

Ocorre que, não raras vezes, alguns servidores incorrem em condutas que são tipificadas pela Lei n. 8.112/1990, como violações aos deveres funcionais ou proibições, sendo assim passíveis de sofrerem punições disciplinares.

Para promover a apuração dessas infrações, são utilizadas sindicâncias e processos administrativos disciplinares (PAD), instrumentos que possuem um elevado custo, demandam muito tempo, podendo ocorrer até mesmo prescrições como também causam desgaste no clima organizacional.

Sendo assim, devido a alguns problemas enfrentados com a aplicação de sanções disciplinares aos servidores do Ministério Público da União, este artigo se justifica pela análise do termo de ajustamento de conduta (TAC), bem como as possíveis vantagens de sua utilização como forma alternativa de aplicar sanção ao servidor faltante.

Dito de outra forma, analisar-se-á como a utilização do termo de ajustamento de conduta no âmbito disciplinar dos servidores públicos do Ministério Público da União pode contribuir para reduzir custos, ganhar eficiência e melhorar o clima organizacional.

Assim, o presente trabalho aborda forma alternativa aos meios de apuração de penalidades mais comuns da Administração Pública

(sindicâncias e processos administrativos disciplinares) para punir os servidores que atuem em desacordo com o ordenamento jurídico no âmbito do Ministério Público da União.

Dessa forma, faz-se necessário realizar levantamento bibliográfico sobre direito administrativo disciplinar, conceituar termo de ajustamento de conduta, descrever a sua utilização no âmbito dos servidores públicos do Executivo federal, apontar os benefícios que advirão com a utilização desse instrumento e sugerir sua implantação no Ministério Público da União.

Para atingir os objetivos deste estudo, será utilizada principalmente a metodologia de pesquisa bibliográfica, com uso do método dedutivo, analisando o poder disciplinar, o processo administrativo disciplinar, o termo de ajustamento de conduta e as vantagens de sua utilização no âmbito do Ministério Público da União.

2 O poder disciplinar

O funcionamento da Administração Pública com todos os órgãos e agentes envolve diversas relações e práticas de atividades que, por vezes, acabam gerando situações que infringem normas administrativas, necessitando de correção e realinhamento para que possam ser alcançados os objetivos institucionais.

Para tal finalidade a Administração Pública dispõe do poder disciplinar a fim de “apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa”¹

Segundo Carvalho,² o poder disciplinar tem como objetivo apurar as infrações cometidas pelos servidores públicos e particulares que tenham vínculo específico com o Estado, a exemplo de particulares que celebrem contrato com a Administração, apli-

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 125.

2 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 130.

cando as sanções cabíveis. “A função deste poder é sempre aprimorar a prestação do serviço público punindo a malversação do dinheiro público ou atuação em desconformidade com a lei”.

Conforme os ensinamentos de Alexandrino e Paulo,³ há uma distinção de fundamentos na aplicação de sanção a um servidor e a um particular. No primeiro caso a atuação decorre imediatamente do poder disciplinar e mediadamente do hierárquico. No segundo não há fundamento no poder hierárquico, mas sim na supremacia do interesse público sobre o privado.

Importante ressaltar as lições trazidas na construção doutrinária abaixo:

Explique-se, nesta esteira, que a sanção aplicada em razão do exercício deste Poder não é uma sanção comum porque, em verdade, estar-se-á diante do poder de aplicar uma sanção decorrente de um vínculo especial entre a Administração Pública e o indivíduo que está sendo penalizado. O Poder disciplinar consiste em um sistema punitivo interno e por isso não se pode confundir com o sistema punitivo exercido pela justiça penal, muito menos com o exercício do Poder de Polícia. As pessoas que são atingidas por esse Poder possuem uma sujeição especial, um vínculo com a Administração Pública.⁴

Outra distinção apontada pela doutrina é quanto à vinculação ou discricionariedade do exercício do poder disciplinar. O dever de punir é vinculado, pois, uma vez que o servidor tenha cometido infração disciplinar, necessariamente a Administração deve aplicar uma sanção. Todavia, tem-se que este poder é discricionário, regra geral, pois o administrador responsável pela aplicação da punição tem liberdade de escolha na gradação das penas a serem aplicadas e em alguns casos no enquadramento legal da conduta praticada.⁵

3 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 279.

4 CARVALHO, 2017, p. 130.

5 DI PIETRO, 2017, p. 126.

Por fim, cumpre ressaltar que, para aplicação das penalidades, se faz necessário que ocorra uma apuração em que seja oportunizada a ampla defesa e contraditório ao servidor, devendo tal medida ser sempre motivada. Dessa forma, a seguir serão abordadas as características desse processo.

3 Processo administrativo federal

A Administração Pública, ao realizar os mais diversos tipos de atos administrativos, deve utilizar de procedimento que permita colher informações, documentar, analisar e fundamentar suas decisões. Para tanto, dispõe do processo administrativo, que é regulamentado no âmbito federal pela Lei n. 9.784/1999.

Segundo Carvalho,⁶

o processo administrativo é uma sucessão lógica de atos praticados pela Administração Pública com a intenção de se alcançar um objetivo final, seja a punição de determinado servidor, seja a contratação ou até mesmo a anulação de atos anteriormente praticados.

Sendo assim, o ente estatal depende de um prévio processo que o instrua e fundamente toda atuação.

Tendo em vista que o tema deste artigo está relacionado ao âmbito disciplinar da Administração Pública, a análise do processo administrativo será voltada para esta área.

Dessa maneira, analisando a Portaria n. 335, art. 4º, incisos do I ao VI, da Controladoria-Geral da União (CGU, 2017), pode-se perceber que a Administração Pública Federal dispõe de diversos mecanismos para combater desvios de condutas de seus servidores:

Art. 4º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidas as seguintes definições: I - investigação preliminar: procedimento sigiloso, instaurado pelo Órgão Central e pelas unidades setoriais, com objetivo de coletar elementos para verificar o cabimento da instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar; II - sindicância

6 CARVALHO, 2017, p. 1121.

investigativa ou preparatória: procedimento preliminar sumário, instaurada com o fim de investigação de irregularidades funcionais, que precede ao processo administrativo disciplinar, sendo prescindível de observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa; III – sindicância acusatória ou punitiva: procedimento preliminar sumário, instaurada com fim de apurar irregularidades de menor gravidade no serviço público, com caráter eminentemente punitivo, respeitados o contraditório, a oportunidade de defesa e a estrita observância do devido processo legal; IV – processo administrativo disciplinar: instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor público federal por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido; V – sindicância patrimonial: procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, à vista da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades; VI – inspeção: procedimento administrativo destinado a obter diretamente informações e documentos, bem como verificar o cumprimento de recomendações ou determinações de instauração de sindicância, inclusive patrimonial, e processos administrativos disciplinares, a fim de aferir a regularidade, a eficiência e a eficácia dos trabalhos.

Nessa análise serão abordados dois instrumentos para apuração dos fatos e aplicação das penalidades: a sindicância e o processo administrativo disciplinar dos servidores federais, ambos disciplinados na Lei n. 8.112/1990.

3.1 Sindicância

A Administração dispõe de instrumentos para apurar condutas dos servidores que porventura constituam infrações administrativas que sejam passíveis de aplicação de penalidades; segundo a Lei n. 8.112/1990, são a sindicância e o processo administrativo disciplinar (PAD).

Conforme inteligência do art. 143 da Lei n. 8.112/1990,

a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicân-

cia ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

Nesse sentido, a sindicância é um instrumento que se presta a apurar e investigar os fatos ocorridos. Ela pode ser meramente investigativa e será formalizada uma acusação contra o servidor, não sendo aplicada nenhuma penalidade; é chamada pela doutrina de sindicância investigativa e, dada suas características, prescinde de contraditório e ampla defesa.⁷

Por outro lado, a sindicância regulamentada nos art. 143 e 145 da Lei n. 8.112/1990, além de investigar e apurar infrações, serve também para aplicação de penalidade de advertência ou suspensão por até trinta dias. Com esta finalidade, portanto, a sindicância é verdadeiro processo disciplinar, porém simplificado, devendo ser assegurados a ampla defesa e o contraditório ao servidor.⁸

De acordo com o art. 145 da Lei n. 8.112/1990, “da sindicância poderá resultar: I - arquivamento do processo; II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias; III - instauração de processo disciplinar”.

Ademais, o prazo para que a sindicância seja concluída é de trinta dias, prorrogável por igual período, caso seja necessário. Se para o fato apurado for cabível penalidade de suspensão maior que trinta dias ou outra penalidade mais grave, necessariamente deverá ser instaurado processo administrativo disciplinar, ao qual os autos da sindicância serão integrados.

3.2 Processo administrativo disciplinar (PAD)

Conforme visto acima, quando a infração for passível de penalidade de suspensão maior que trinta dias ou outra mais grave, necessariamente se deve instaurar o processo administrativo disciplinar, que é instrumento que tem como objetivo verificar a responsabili-

7 ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 494.

8 CARVALHO, 2017, p. 1149.

dade do servidor em razão de ter praticado infração no exercício de suas funções ou que tenha relação com o cargo que exerce.⁹

De acordo com o art. 151 da Lei 8.112/1990,

o processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases: I - instauração, com a publicação do ato que constitui a comissão; II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; III - julgamento.

A primeira fase do PAD é a instauração que ocorre com a publicação de uma portaria

de designação da comissão encarregada de proceder aos trabalhos de investigação e apresentar um relatório final conclusivo sobre a procedência ou não das acusações levantadas, o qual será acatado pela autoridade julgadora, salvo se contrário às provas dos autos.¹⁰

Essa comissão será composta por três servidores que sejam estáveis no serviço público federal, sendo um deles indicado para ser o presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo de nível igual ou superior, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do acusado. O prazo para conclusão será de sessenta dias, podendo ser prorrogado por igual período.¹¹

A fase de inquérito administrativo compreende instrução, defesa e relatório, ressaltando que serão assegurados ao acusado a ampla defesa e o contraditório. Nesta fase ocorrerão depoimentos de testemunhas, representante, representado, acareações caso necessário, investigações, diligências, perícias, com objetivo de esclarecer a verdade dos fatos.¹²

9 BRASIL. *Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 1990c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

10 ALEXANDRINO; PAULO, 2017, p. 494.

11 BRASIL, 1990c.

12 BRASIL, 1990c.

O servidor que estiver sendo acusado poderá acompanhar o processo e nele influir através dos instrumentos disponíveis para sua defesa. Além do mais, as testemunhas serão intimadas a depor em dia e hora designados, sendo o depoimento prestado oralmente e reduzido a termo.¹³

Após a inquirição das testemunhas, será realizado o interrogatório do acusado, sendo facultado ao procurador do acusado assistir aos depoimentos. Em caso de dúvidas sobre a sanidade mental do acusado, será instaurado o incidente de sanidade mental, autuado em apartado.¹⁴

Terminada a instrução e sendo tipificada a infração disciplinar, o servidor será indiciado, sendo imputados detalhadamente os fatos e as provas. Em seguida será citado para apresentar defesa escrita, no prazo de dez dias, que pode ser prorrogado para diligências indispensáveis.¹⁵

Em caso de recusa do indiciado de aporiente na citação, esta deverá ser certificada na presença de duas testemunhas. Se não for encontrado, será citado por edital e, caso venha a quedar-se inerte, será declarada revelia, sendo designado um servidor como defensor dativo.¹⁶

Após a apresentação e apreciação da defesa, a comissão elaborará relatório, que será sempre conclusivo quanto à inocência ou responsabilidade do servidor e, neste último caso, será indicado tanto o dispositivo legal quanto as circunstâncias que agravem ou atenuem. Em seguida será encaminhado para autoridade competente para julgamento.¹⁷

13 BRASIL, 1990c.

14 BRASIL, 1990c.

15 BRASIL, 1990c.

16 BRASIL, 1990c.

17 BRASIL, 1990c.

Uma vez recebido o relatório, a autoridade julgadora deverá proferir sua decisão no prazo de vinte dias e, caso a penalidade a ser aplicada exceda sua competência, os autos deverão ser encaminhados para quem a possua.¹⁸

O julgamento deverá acatar o relatório da comissão e, se contrariar as provas dos autos, poderá a penalidade ser abrandada, agravada ou isentada. Se a comissão entender pela inocência do acusado, a autoridade determinará o arquivamento do processo.¹⁹

Um dos pontos que merecem atenção é a prescrição, pois algumas vezes, por causa do decurso do tempo, não é mais possível aplicar uma penalidade em razão de a conduta estar prescrita. Portanto, se a autoridade julgadora for responsável pela prescrição, deverá ser responsabilizada. E, caso a infração constitua crime, os autos serão remetidos ao Ministério Público.²⁰

Outro aspecto relevante do processo administrativo disciplinar diz respeito aos custos que advêm desta apuração, pois o art. 173 da Lei n. 8.112/1990 afirma:

Serão assegurados transporte e diárias:

I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;

II - aos membros da comissão e ao secretário, quando obrigados a se deslocarem da sede dos trabalhos para a realização de missão essencial ao esclarecimento dos fatos.

Com base no dispositivo apontado, percebe-se que a Administração Pública arca com os custos advindos do processo administrativo disciplinar, devendo pagar os transportes e diárias dos servidores envolvidos de alguma forma nos fatos apurados, sofrendo impactos negativos duas vezes: uma quando o servidor

18 BRASIL, 1990c.

19 BRASIL, 1990c.

20 BRASIL, 1990c.

pratica a infração disciplinar, quando comprovada, e outra quando saem os recursos dos cofres públicos.

4 Termo de ajustamento de conduta (TAC)

O termo de ajustamento de conduta é um instrumento utilizado especialmente nas áreas de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, em que o causador de algum dano assume o compromisso de adequar suas condutas às exigências previstas na legislação.

O TAC está previsto em alguns diplomas legais, entre eles a Lei de Ação Civil Pública, art. 5º, § 6º (Lei n. 7.347/1985), onde é expresso que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”; o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), art. 211; e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), art. 113.

No âmbito do Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou o termo de ajustamento de conduta por meio da Resolução CNMP n. 179, art. 1º, *in verbis*:

O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

Em que pese ao termo de ajustamento de conduta ser utilizado nas demandas coletivas e não encontrar disposição expressa acerca de sua aplicação no âmbito disciplinar dos servidores, não há nenhum obstáculo ou impedimento para sua utilização. Pelo contrário, atenderá e dará concretude a alguns princípios do direito constitucional e administrativo.

A Constituição Federal, em seu art. 37, dispõe que a Administração Pública deverá atender, entre outros, aos princípios da legalidade e eficiência. A utilização do TAC atende ao da legalidade, pois é um instrumento que está previsto em lei. Atende também ao princípio da eficiência, pois traz celeridade e economicidade.

Soma-se ainda que o art. 2º, e incisos, da Lei n. 9.784/1999 traz diversos princípios e critérios que devem ser observados. O inciso I diz que a Administração deve atuar conforme a lei e o direito, e o TAC atende a este requisito, pois tem previsão legal. O inciso II estabelece que deve haver o atendimento a fins de interesse geral, e todos desejam que a Administração seja mais efetiva, célere e econômica em seus atos.

O inciso III, por sua vez, diz que a Administração deve ter objetividade no atendimento do interesse público, sendo este critério alcançado com o TAC. O inciso VI diz que se deve ter adequação entre meios e fins, e o termo de ajustamento de conduta é um instrumento adequado para o âmbito disciplinar, justamente pelos benefícios que ele traz, conforme será demonstrado abaixo.²¹

O inciso XIII prescreve a “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”. Dessa forma, percebe-se que o dispositivo determina que a interpretação das normas administrativas e a aplicação dos institutos podem ser legalmente ampliadas para, de forma mais eficiente, atender à finalidade pública.²²

A utilização do termo de ajustamento de conduta na seara administrativa disciplinar também atende ao atributo “tipicidade” dos atos administrativos, pois ele é um instrumento típico, previsto em lei.

21 BRASIL. *Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

22 BRASIL, 1999.

Segundo Santos,²³

o princípio da discricionariedade da ação disciplinar ou da oportunidade surgiu na Alemanha, em 1963. Com este princípio o gestor público pode decidir por uma solução alternativa ao invés da aplicação de pena, sempre visando ao interesse público.

De acordo com os ensinamentos de Alves:²⁴

O Termo de Ajustamento de Conduta é um instrumento formal, em que o gestor moderno operacionaliza o princípio que veio do direito alemão, substituindo o processo tradicional, dispendioso e ineficiente por um compromisso moral que restabelece a ordem em curto prazo.

Conforme Giacomini,²⁵ quanto aos processos administrativos, deve ser observada

a atuação do agente público quando responsável pelo andamento do processo administrativo conforme a lei os rege, podendo a autoridade eleger a melhor solução para resolução dos conflitos internos, devendo sempre atender ao interesse público.

Sendo assim, o termo de ajustamento de conduta revela-se como instrumento que potencializa diversos princípios e objetivos da Administração Pública. Ele é o ponto de interseção entre a vontade do agente infrator e o interesse da administração.

De acordo com pesquisa realizada por Alves, devido às virtudes do TAC,²⁶ diversos órgãos e entes públicos o adotam, entre eles:

23 SANTOS, Joiénita da Silva Carvalho. *Termo de ajustamento de conduta no âmbito da Universidade Federal do Tocantins*. Palmas. 2016. 63 f. Dissertação (Mestrado em gestão de políticas públicas) – Fundação Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, 2016. p. 43.

24 ALVES, 2014 *apud* SANTOS, 2016, p. 44.

25 GIACOMINI, Luizara Rodrigues. *Termo de ajuste de conduta na esfera administrativa disciplinar como instrumento para garantir a efetividade da Lei n. 8.112/90*. Santa Maria. 2017. 58 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2017. p. 37.

26 ALVES *apud* SANTOS, 2016.

os Estados de Tocantins, Santa Catarina, Pará, Mato Grosso, municípios de Joinville-SC e Estância-SE, Departamento de Polícia Federal, Corregedoria-Geral da Polícia Civil do Pará, Tribunal de Justiça de Roraima, Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Tribunal de Justiça do Maranhão, Corregedoria-Geral de Justiça do Piauí, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, DNIT, Tribunal de Contas de Rondônia, Tribunal Regional do Estado do Rio de Janeiro e Presidência da República.

Nessa mesma linha de intelecção, o conselheiro Valter Shuenquener de Araújo, do Conselho Nacional do Ministério Público, apresentou proposta de resolução à presidente Raquel Dogde em 15 de maio de 2018, com o “propósito de instituir a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC no âmbito do Ministério Público brasileiro, no exercício do poder disciplinar”.²⁷

O eminente conselheiro argumenta que o instrumento ordinário para apuração das infrações disciplinares é o processo administrativo disciplinar, com todas as suas nuances e características. Entretanto, em diversos casos essas infrações podem ser caracterizadas como de menor potencial ofensivo (advertência e suspensão por até trinta dias), o que não justifica, nessas situações, a instauração de processo administrativo disciplinar que, repetidamente, produz altos gastos para a Administração Pública.²⁸

Acrescenta também, sobre outro aspecto, que muitas vezes as penalidades não são aplicadas de forma efetiva em razão da defluência do tempo nas fases dos processos administrativos, o

27 ARAÚJO, Valter Shuenquener. *Proposta de resolução, com o propósito de instituir a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC no âmbito do Ministério Público brasileiro, no exercício do poder disciplinar*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/11233-proposta-institui-a-possibilidade-de-celebracao-de-tac-em-processos-disciplinares-de-membros-e-servidores-do-mp>. Acesso em: 22 abr. 2019.

28 ARAÚJO, 2018.

que termina por acarretar o instituto da prescrição, principalmente nas infrações de menor gravidade, como a advertência, que prescreve em 180 dias.²⁹

Além do mais, Araújo³⁰ defende que, em virtude do alto número de infrações disciplinares que podem ser enquadradas como de menor potencial ofensivo e do alto custo financeiro do processo administrativo disciplinar, “o termo de ajustamento de conduta pode constituir instrumento relevante e alternativo à prévia instauração do processo administrativo disciplinar”.

Ainda na proposta de resolução para implantação do termo de ajustamento de conduta no âmbito disciplinar, Araújo³¹ aduz:

Por conseguinte, é factível sustentar que as infrações disciplinares que permitem a aplicação das penalidades de advertência, censura ou suspensão até 30 (trinta) dias podem ser definidas como de menor potencial ofensivo.

Diante de todo o cenário exposto, consistente na ausência de efetividade na aplicação das penalidades de advertência, de censura e de suspensão até 30 (trinta) dias em casos concretos, por vezes pela ocorrência da prescrição, por vezes por não advirem consequências práticas e concretas na aplicação da advertência ao agente público, bem como pelo elevado custo financeiro que envolve toda a tramitação de um processo administrativo disciplinar, constitui o termo de ajustamento de conduta significativo e expressivo meio para conservar a efetividade do poder disciplinar.

Conforme Alves,³² a celebração do termo de ajustamento de conduta deve acontecer em um patamar hierárquico superior à chefia imediata, que pode ser uma corregedoria ou comissão per-

29 ARAÚJO, 2018.

30 ARAÚJO, 2018.

31 ARAÚJO, 2018.

32 ALVES, 2014 *apud* SANTOS, 2016.

manente de disciplina, tendo em vista que a chefia imediata não teve êxito na sua intervenção.

Deve ser realizado por um procedimento formal para que o servidor envolvido na infração disciplinar reflita sobre sua conduta no intuito de readequá-la e aprimorá-la.

Recomenda-se que o servidor seja assistido por advogado ou outro servidor de grau igual ou superior ao seu em relação a grau hierárquico, durante a assinatura do termo para atestar a regularidade do ato e a espontaneidade da assinatura.³³

Com o termo de ajustamento de conduta, o servidor que cometeu a infração de menor potencial ofensivo admite o erro e evita o transtorno do processo disciplinar. Por outro lado, a Administração Pública recompõe a ordem rapidamente e praticamente sem custos, e o servidor envolvido volta consciente dos seus deveres e mais apto para suas atividades.³⁴

Diante da análise dos autores apresentados, resta claro que a utilização do termo de ajustamento de conduta traz diversos benefícios, atendendo às finalidades do poder disciplinar e ao bom andamento da Administração Pública, além de dar concretude a diversos princípios, entre eles o da legalidade, eficiência, discricionariedade e oportunidade.

Uma das grandes vantagens no emprego do termo de ajustamento de conduta é a redução dos gastos oriundos da instauração e tramitação do processo administrativo disciplinar, que é dispendioso, pois normalmente são gerados muitos deslocamentos de servidores para oitivas e depoimentos, devendo a Administração arcar com diárias e transporte.

Tendo em vista que nos últimos anos, com a Emenda Constitucional n. 95/2016, os órgãos e entidades da Administração Federal dispõem de recursos mais limitados, faz-se necessária a adoção de

³³ ALVES, 2014 *apud* SANTOS, 2016.

³⁴ ALVES, 2014 *apud* SANTOS, 2016.

medidas que sejam ao mesmo tempo eficazes e econômicas, sendo que o TAC no âmbito disciplinar contempla esses dois aspectos.

Outro ponto a ser ressaltado com a adoção do termo de ajustamento de conduta é a eficiência desse instrumento. Normalmente os processos administrativos disciplinares são morosos, demorados, os servidores geralmente não se sentem confortáveis por participarem deles, bem como por vezes acarretam algumas nulidades.

Esses problemas não são gerados na celebração do TAC, pois nele o servidor reconhece seu desvio de conduta e se compromete a adequar seu comportamento na entidade pública, alcançando assim os objetivos do Poder disciplinar, que é reordenar o serviço público, de forma célere, econômica, eficaz e autoconsciente.

Por fim, ressalta-se que a adoção do termo de ajustamento de conduta para as infrações disciplinares de menor potencial ofensivo melhora consideravelmente o clima organizacional. É fato que a participação em processo administrativo disciplinar como testemunha ou membro da comissão gera um desgaste interno.

Os membros da comissão podem ser de outras unidades, porém as testemunhas normalmente são colegas de trabalho do servidor que eventualmente tenha cometido infrações disciplinares. Assim, o depoimento dessas pessoas costuma causar inúmeros desconfortos. Com a adoção do TAC esses depoimentos não ocorrerão, tendo-se, além de um servidor mais comprometido, um clima no ambiente de trabalho mais favorável.

5 Considerações finais

Após análise dos trabalhos de proeminentes autores, restou claro que a utilização do termo de ajustamento de conduta no âmbito disciplinar dos servidores públicos traz grandes benefícios. Ficou demonstrado que a instauração de processos administrativos disciplinares normalmente tem um custo elevado e que o TAC é uma alternativa viável principalmente para infrações disciplinares de menor potencial ofensivo.

Além do mais, o termo de ajustamento de conduta se mostrou instrumento que possui elevada eficiência, pois, com a celebração dele, dadas as suas características, ter-se-á um servidor mais consciente dos seus deveres e mais apto para suas atividades.

E, não menos importante, outro aspecto que foi abordado é a melhoria do clima organizacional, já que com a celebração do TAC algumas etapas constrangedoras do processo administrativo não existem, o que diminui consideravelmente os traumas e atritos advindos do procedimento.

Sendo assim, devido às qualidades do termo de ajustamento de conduta, sugere-se que o Ministério Público da União adote este importante instrumento, em todos os seus ramos, nas questões que envolvam infrações disciplinares de seus servidores, pois serão alcançados grandes benefícios.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ARAÚJO, Valter Shuenquener. *Proposta de resolução, com o propósito de instituir a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC no âmbito do Ministério Público brasileiro, no exercício do poder disciplinar*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/11233-proposta-institui-a-possibilidade-de-celebracao-de-tac-em-processos-disciplinares-de-membros-e-servidores-do-mp>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Portaria n. 335, de 30 de maio de 2006*. Regulamenta o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, de que trata o Decreto n. 5.480, de 30 de junho de 2005. Brasília, 2006. Disponível em: https://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_335_2006.pdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n. 179, de 26 de julho de 2017*. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 1990c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GIACOMINI, Luizara Rodrigues. *Termo de ajuste de conduta na esfera administrativa disciplinar como instrumento para garantir a efetividade da Lei n. 8.112/90*.

Santa Maria. 2017. 58 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2017.

SANTOS, Joiénita da Silva Carvalho. *Termo de ajustamento de conduta no âmbito da Universidade Federal do Tocantins*. Palmas. 2016. 63 f. Dissertação (Mestrado em Gestão de Políticas Públicas) – Fundação Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, 2016.

Estigmas do controle social instrumentalizado no *jus puniendi*: lesões aos preceitos fundamentais do direito brasileiro a partir de uma perspectiva da Criminologia Crítica

Thamiris de Azevedo Feitosa Araujo

Bacharel em Direito

Resumo: Apresentar-se-á a vertente da Criminologia Crítica elaborada pelas escolas penais na década de 1970 para abordar, sob a teoria crítica, os estigmas existentes no *jus puniendi*. Esses estigmas apresentam um sentido dúbio: como tradição ou pré-condição estrutural geram uma característica de sistema estigmatizado que causa exclusão; como rotulação geram o caráter estigmatizante nos apenados. Utiliza-se de elementos da filosofia, sociologia, antropologia, história e matérias que abordam a estrutura do Estado Democrático de Direito, enfatizando a importância da política penal no âmbito penitenciário além do Direito objetivo. Pretende-se demonstrar a estrutura e os objetivos da pena, que são existentes no dever ser da ordem jurídica, mas não se efetivam de fato na sociedade, causando descumprimento e contradição do sistema penal com os preceitos fundamentais do Direito e o Estado democrático, principalmente quando se analisa a situação do hiperencarceramento no Brasil.

Palavras-chave: Criminologia Crítica. Estado democrático. Estigmas. Tradição. Etiquetamento.

Abstract: It will be presented the strand of critical criminology elaborated by penal schools in the 70s to address the existing stigmas within *jus puniendi*. The stigmas have a dubious meaning: as traditional or structural preconditions generating a characteristics of a stigmatized system that causes exclusion or labeling that generates the stigmatized character in the inmates. It uses elements of philosophy, sociology, anthropology, history and subjects that

addresses the structure of the democratic state of law, emphasizing the importance of the penal policy in penitentiary scope beyond objective law. It intends to demonstrate the structure and objectives of the penalties that exists in the duty of the legal order but that don't take effect in society causing non-compliance and contradiction of the penal system with the fundamental precepts of Law and its democratic state, specially when analyzing the situation of hyperincarceration in Brazil.

Keywords: Critical criminology. Democratic State. Stigmas. Tradition. Labeling.

Sumário: 1 Introdução. 2 Estrutura do *jus puniendi*. 3 Preceitos fundamentais do Direito Penal brasileiro. 4 Os estigmas do controle social e o hiperencarceramento no Brasil. 5 Conclusão.

1 Introdução

Utiliza-se neste trabalho um método dialético-crítico empregado nas bibliografias dos aportes da Criminologia Crítica (ou Criminologia Radical) a fim de analisar as problemáticas do *jus puniendi* (prerrogativa que o Estado tem para exercer a intervenção penal), que em sua aplicabilidade fere os próprios preceitos fundamentais que o justificam.

Far-se-á uma análise a partir da construção do sistema punitivo e do seu processo de criminalização. A análise pretérita e atual desse processo irá se desenvolver de maneira crítica sob o conceito de *estigma* em duas perspectivas: estigma como tradição ou pré-condição estrutural e estigma como etiquetamento ou seletividade no Direito Penal.

O *jus puniendi* é um instrumento para o controle e a ordem social que é importantíssimo em um Estado Democrático de Direito, mas, quando analisado a fundo, é evidente que lesiona direitos e preceitos fundamentais que o justificam, principalmente no que tange à pena privativa de liberdade de um desviante das leis penais da sociedade.

Dessa forma, pretende-se apresentar o que constrói esse processo de criminalização que institucionaliza o delinquente etique-

tado. Há de se fazer uma análise antropológica, histórica, social e política da pena; afinal tudo isso refere-se à Criminologia e ao Direito propriamente dito.

É válido compreender o método científico de pesquisa utilizado na Criminologia Crítica, o qual é o método de pesquisa marxista da teoria crítica em seus aspectos econômicos e sociais. Nesse método analisa-se o crime a partir da sua forma estrutural que “pode tomar como modelo o que Marx fez em face da economia política de seu tempo”, segundo as palavras do professor Ricardo Krung em uma de suas aulas.

Dito isso, far-se-á uma análise além da etimologia dos estigmas aplicando-se um sentido ontológico a fim de demonstrar as pré-condições estruturais existentes no pano de fundo de uma tradição jurídica e que envolvem diversos fatores históricos, sociais, culturais, morais e de valores do movimento civilizatório de uma sociedade que existe, hoje, em um Estado de Democrático Direito, os quais inversamente se traduzem em um Direito Penal estigmatizado e estigmatizante.

Vale ressaltar que neste estudo se reconhece a importância do sistema punitivo e aqui não se defende uma vertente abolicionista propriamente dita. A instituição da sistematização do Direito Penal é, portanto, uma importante ferramenta tecnológica do Estado de Direito para que se tenha a manutenção da ordem em prol do bem-estar social a fim de tutelar bens jurídicos; mas se pretende, dessa forma, apresentar um olhar em que se possa ponderar o dogma do crime e da aplicação de pena privativa de liberdade, possibilitando o despertar crítico do leitor sobre um sistema que, com base em dados quantitativos e qualitativos que serão apresentados, lesiona diversos preceitos e direitos fundamentais do Direito.

2 Estrutura do *jus puniendi*

Exalta-se a importância de entender a estrutura, e gradualmente a construção e consequentes evoluções dentro dessa estrutura de Direito, para que se compreendam os estigmas a partir do aspecto abstrato da

pena para se atentar às normas vinculadas aos fatos. A construção do Direito Penal, da qual irá tratar este capítulo, pode ser interpretada como História do Direito que posteriormente se ramifica em Direito Penal, pois nem sempre houve essa divisão. Desta forma:

Examinar e problematizar as relações entre a História e o Direito reveste-se hoje da maior importância, principalmente quando se tem em conta a percepção da normatividade extraída de um determinado contexto histórico definido como experiência pretérita que conscientiza e liberta o presente. Naturalmente tal preocupação dissocia-se de uma historicidade do jurídico, marcada por toda uma tradição teórico-empírica assentada em proposições revestidas pela força da continuidade, da previsibilidade, do formalismo e da linearidade. Mas, para alcançar nova leitura histórica do fenômeno jurídico enquanto expressão de ideias, pensamento e instituições, é necessário apurar a distinção das especificidades inerentes a cada campo científico do que seja História, do que seja Direito, bem como o sentido e a função de uma interpretação que se reveste do viés tradicional ou crítico.¹

Todos os ramos do Direito estão estritamente correlacionados a todas as outras bases que estruturam uma sociedade que é resultado de um marco histórico, literário, social e filosófico do contrato social e do pacto social. Isso quer dizer que o Direito está dentro de todas as outras áreas que diretamente ou indiretamente estruturam uma Sociedade Democrática de Direito. Afirma José Reinaldo Lima:²

[...] Gosto de usar a tripartição simplificada de Lawrence Friedman: o direito pode ser visto como ordenamento, isto é, como o conjunto de regras e leis (estudar direito seria então estudar leis e princípios); pode ser visto como uma cultura, no espaço onde se produz um pensamento, um discurso e um saber; pode ser visto como um conjunto de instituições, aquelas práticas sociais reiteradas, as orga-

1 WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 16.

2 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 8.

nizações que produzem e aplicam o próprio direito. A história do direito pode então cruzar todos os recursos da nova história com estes três elementos do universo jurídico.

Ora, o Direito funciona como as regras de uma sociedade, ou como um organismo vivo, a fim de proporcionar condições sólidas para a convivência pacífica de um corpo social, tutelando bens jurídicos e proporcionando segurança. Uma sociedade de Direito vive e sobrevive sob as normas de Direito. O Direito, portanto, é uma espécie de poder que todos os sujeitos de direitos devem seguir, e principalmente se resguardar nele. Nesse sentido, acentuam Zaffaroni e Pierangeli:

Toda sociedade tem uma estrutura de poder (político-econômico) com grupos mais próximos e grupos mais marginalizados do poder, na qual logicamente, podem distinguir-se graus de centralização e de marginalização. Há sociedades com centralização e marginalização extremas, e outras em que o fenômeno se apresenta mais atenuado, mas em toda sociedade há centralização e marginalização de poder.³

A estrutura social, e conseqüentemente o Direito, está em constante em mudança, uma vez que a sociedade não é estável e sendo assim o Direito tem o dever de acompanhá-la. Desta forma, essa tentativa de acompanhar a sociedade se traduz em fragmentos de uma tradição, tradição essa que será abordada delimitadamente na tradição jurídica ocidental, pois a história do Direito do Ocidente também é a história do Direito brasileiro.

Um importante aspecto para se destacar sobre essa tradição é a classe operante do Direito, que historicamente na sua formação tem sido uma classe burguesa/elitista. A tradição jurídica ocidental teve um fator principiológico em comum, e até hoje possui características dessa tradição. Esse processo de formação antecede o Direito brasileiro até tornar-se Direito brasileiro em si. Ressalva-se que o Brasil é uma ex-colônia dos Portugueses e, portanto, a cons-

3 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: volume 1: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 58.

trução do sistema burocrático do Direito brasileiro não foi inicialmente autônoma e independente, mas sempre vinculada ao sistema absolutista que predominava na Europa.

Trata-se no âmbito do Direito Penal como Período Colonial o correspondente à fase do processo de colonização dos portugueses, em que prevaleciam no Brasil as leis da coroa portuguesa, a exemplo da legislação penal aplicada nessa época:

Ordenações Manuelinas: Editadas em 1514, por Dom Manuel, o Venturoso. Pouco se diferenciavam das Ordenações Afonsinas, em que as penas também eram crudelíssimas. Correspondiam ainda à fase da vingança pública. Como no território pátrio existiam as denominadas capitânicas hereditárias, o Direito era aplicado pelos respectivos donatários. Ordenações Filipinas: Datadas de 1603, em razão de medida do Rei Filipe II, subsistiram até o ano de 1830. Mantiveram as características das Ordenações anteriores (penas cruéis e desproporcionais, arbitrariedade dos julgadores, inexistência do princípio da legalidade e da defesa etc.).⁴

A compreensão dos precedentes da tradição jurídica ocidental permite a análise crítica do Direito brasileiro atual – de sua estrutura e consequências derivadas de um vínculo com o Direito europeu ou ocidental (sobretudo português) que o antecede –, incluindo o estudo da influência religiosa e elitista em sua formação.

Narra José Reinaldo Lima Lopes⁵ que o Direito Canônico surge da lide entre a Igreja (representada na época pelo papa Gregório VII) e o Império (representado na época por Henrique IV). A Reforma Gregoriana ou Revolução Papal foi o momento em que a Igreja, através de uma revolução, emancipa-se da influência direta do Poder Secular⁶ na sua formação, trazendo um Direito independente denominado Direito Canônico.

4 MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral* (art. 1º ao 129): volume 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 175.

5 LOPES, 2008, Capítulo 4.

6 Poder centralizado no Império.

Nessa época não havia um tipo de jurisdição no Poder Secular além das relações de rei e vassalos, diferentemente do que se construía na Igreja Católica Apostólica Romana. E foi a partir desse sistema racional e formal e independente formulado no Direito Canônico que se desdobra o *Ius Commune* (Justiça Comum), bem como a percepção burocrática de Estado em instituições.

Trata-se de um marco para a criação de instituições jurídicas que passa a ser adotado pelos soberanos da época e dá abertura para que, a partir da ideia de instituições, despertassem-se também as revoluções para que se transformasse a centralização do Direito. Segundo Berman:

Em todos os países do Ocidente criaram-se cortes profissionais, um conjunto de leis, uma profissão jurídica, uma literatura jurídica, uma ciência do Direito. O primeiro impulso para esse desenvolvimento veio da afirmação da supremacia papal sobre a igreja ocidental da independência da Igreja do poder secular. Esta foi uma revolução declarada pelo papa Gregório VII em 1075; o império e o papado a lutaram em guerras sangrentas por quase cinquenta anos nos séculos seguintes, o Direito dos povos da Europa Ocidental pareceu desaparecer quase que completamente. Novos sistemas jurídicos sofisticados foram construídos, primeiro para a Igreja e depois para o poder secular – Direito Canônico, Direito da cidade, Direito dos reis, Direito mercantil, Direito feudal e senhoria –, eventualmente, no período que vai do século XVI até o XX, ocorreu uma série de grandes revoluções – Reforma Germânica, Revolução Inglesa, Revolução Americana, Revolução Francesa e Revolução Russa –, que praticamente eliminaram seu “pano de fundo” germânico.⁷

Todavia, há de se notar que, não excluindo o caráter importantíssimo dessas revoluções para a evolução do Direito e do Estado Democrático de Direito, seus líderes sempre foram de uma classe burguesa ou elitista. Para Berman⁸ foram seis as grandes revoluções

7 BERMAN, Harold. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 66.

8 BERMAN, 2006.

que transformaram a tradição jurídica ocidental: Revolução Russa, Revolução Francesa, Revolução Americana, Revolução Inglesa, Reforma Protestante e a Revolução Papal.

José Murilo de Carvalho, em sua obra *A Construção da Ordem*, de 1981, narra que a construção do Estado foi pautada em uma elite política, e, portanto, também responsável por legislar e operar o Direito. Não são necessários grandes esforços para perceber que os responsáveis por esses cargos têm uma característica homogênea, e sempre tiveram.

A elite política eram os indivíduos letrados, que ocupavam cargos de governo e administração. Ocorre que, em primeiro lugar, a formação intelectual já era dada por uma classe. Havia universidades próprias que preparavam essa elite para assumir tais cargos, formando uma unidade e estabelecendo classes. Nesse sentido:

Elemento poderoso de unificação ideológica da política imperial foi a educação superior. E isso por três razões. Em primeiro lugar, porque quase toda a elite possuía estudos superiores, o que aconteceu com pouca gente fora dela: a elite era uma ilha de letrados num mar de analfabetos. Em segundo lugar, porque a educação superior se concentrava na formação jurídica e fornecia em consequência um núcleo homogêneo de conhecimento e habilidades. Em terceiro lugar, porque se concentrava, até a independência, na Universidade de Coimbra e após a independência, em quatro capitais provinciais, ou duas, se consideravam apenas a formação jurídica.⁹

Os magistrados nessa época não eram autônomos e independentes das vontades da coroa. Em verdade, o papel do magistrado era justamente defender os interesses da coroa portuguesa, esse inclusive era escolhido mediante dois requisitos: origem social e formação na Universidade de Coimbra. Nesse sentido, formava-se uma elite homogênea, que, nos ensinamentos do historiador José Murilo de Carvalho, utilizava-se dessa homogeneidade para deixar o Estado mais estável. Ora, era uma boa estratégia não permitir a

9 CARVALHO, José Murilo. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Teatro das sombras: a política imperial. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 51.

instalação de escolas superiores nas colônias a fim de preservar a centralização do poder através da educação manipulada.

Anos depois, no século XIX, com a influência retardada do Iluminismo/Revolução Burguesa no Brasil e a Independência do Brasil, o cenário se modificou. Junto a essa mudança veio a importância econômica em um novo sistema que estava em ascensão, o Capitalismo, que transmutou prioridades e tutelou, principalmente, a propriedade privada. Trata-se no âmbito penal do período do Código Criminal do Império, acompanhado da sua primeira Carta Magna ou Constituição de 1824. Primeiro veio a Carta Magna com aspectos iluministas e só em 1830 foi sancionado o primeiro Código Criminal do Império do Brasil, que já abraçava as ideias de progressistas.

Em 1827 surgem outros centros de ensino superior em Direito (um no Rio de Janeiro e outro em Recife), além da Universidade de Coimbra, porém apenas aqueles que tinham como pagar frequentavam essas universidades, o que deu continuidade à predominância da elite no Judiciário e na política. Pagava-se aproximadamente 51.200 réis.¹⁰

Por fim, considera-se no âmbito penal o Período Republicano, o qual se vivencia hoje, chamado por alguns de liberal-burguês. Compreende-se burguesia e elite como sinônimos. Portanto, o mais importante desse capítulo é compreender os dois elementos tradicionais que, quando analisados, permitem um olhar diferenciado do Direito, levando em consideração as *suas tradições religiosas e elitistas*.

Wolkmer,¹¹ ao apresentar a importância do conhecimento da história no meio jurídico nas suas lições no livro *História do Direito*, enaltece a importância de compreender que no judiciário existiu “uma ordem social e jurídica pré-burguesa” que ocasiona, direta ou indiretamente, uma forma arbitrária.

¹⁰ CARVALHO, 2006, p. 60.

¹¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 19.

Nesse sentido, Cleber Masson¹² traz em sua lição que a pena é quase que confundível com a história da própria humanidade em si e, nessa linha de raciocínio, diversos doutrinadores tratam da evolução das penas ou evolução do Direito Penal a partir de um raciocínio das penas, ou vinganças, de povos primitivos. Nesse sentido:

É correto, pois, reconhecer a existência da pena como um fato histórico primitivo, bem como considerar o Direito Penal a primeira e mais antiga camada da história da evolução do Direito. Além disso, as diversas fases da evolução da vingança penal deixam evidente que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas capazes de distinguir cada um de seus estágios, mas algo que foi se desenvolvendo para atender as necessidades de seu tempo.¹³

A influência sacra da pena é anterior à consolidação compilada e codificada no século XV do *Codex Juris Cononici*.¹⁴ As regras de condutas dos homens eram marcadas por misticismo e temor aos castigos pregados pela religião. Grande influência do sistema canônico no Direito Penal foi a ideia de sistema penitência. Havia algo parecido com o que chamamos de sanção penal, com a diferença de que, na época, a pena era perpétua e era a penitência uma imagem sagrada. Havia o *Corpus Jus Iuris* do qual o rol era taxativo quanto aos pecados e suas respectivas penitências. Vejamos:

Por exemplo, as Cartas Canônicas de Brasil o Grande, do século IV, listavam várias penitências por ofensas sexuais ou conjugais, como estupro, adultério, segundo casamento e incesto; por ofensas religiosas tais como magia, idolatria e violação de túmulos; e para aquelas que mais tarde seriam chamadas de ofensas seculares, como homicídios [...]. O sacramento da penitência deveria estabelecer a reconciliação permanente com Deus e o próximo. Dessa forma só havia uma penitência, assim como só havia um batismo; por isso ela era adiada até o fim.¹⁵

12 MASSON, 2019.

13 MASSON, 2019, p. 60.

14 Codificação do Direito Canônico.

15 BERMAN, 2006, p. 87.

No Direito romano, o delito e a prerrogativa para punir dividiam-se em duas categorias: delitos contra o Estado (*crimina publica*), nos quais o delincente era punido pelo Estado, e os delitos contra o privado (*delicta privata*), nos quais o indivíduo lesado tinha prerrogativa para aplicar a sua vingança ou pena.

Um importante marco na história da pena apontado por Sanches¹⁶ foi a Lei de Talião. A Lei de Talião refere-se ao clássico “Olho por olho, dente por dente, e sangue por sangue”. A fim de diminuir a desproporcionalidade exorbitante da vingança privada, o Código de Hamurabi, do Século XIII A.C., aplica a Lei de Talião, posteriormente abraçada pela Lei das Doze Tábuas em Roma, e, tecnicamente, aplicada até hoje. A Lei de Talião não foi suficiente para evitar a crueldade das penas, mas foi um importante marco para repensar sobre a proporcionalidade delas. Salienta-se que o Código de Hamurabi era um conjunto de regras de conduta e possíveis sanções, mas não era um código compilado. Correspondia a um monumento de pedra preta no qual eram talhados os artigos.

Há a vingança pública, que é o *jus puniendi* em si, a prerrogativa do Estado de punir aqueles que lesionam bens tutelados pelo Estado. Portanto, aqui cabe adentrar quais eram os bens tutelados que legitimavam tal punição. A vingança pública interpretada como pena nem sempre foi direcionada a tutelar bens coletivos, isso porque a compreensão de Estado nem sempre foi destinada à coletividade. A exemplo disso podemos citar o Estado Absolutista, que servia aos interesses da coroa e às perseguições religiosas.

O modelo de interpretação e aplicação das penas transformou-se no século XVIII. Uma importante obra que possibilitou o repensar sobre as penas foi a obra *Dos Delitos e das Penas*, elaborada pelo Marquês Cesare Beccaria. Para Zaffaroni e Pierangeli,¹⁷ essa obra pode ser considerada o prócer da ciência penal.

16 SANCHES, Rogério. *Manual de direito penal: parte geral* – Volume Único. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

17 ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 236.

Nessa obra, inovadora para a época (ano de 1764), questiona-se a desproporcionalidade injusta das penas aplicadas, bem como a finalidade dessas penas. Ora, aqui se fala de um cenário em que estava ocorrendo o auge do Iluminismo, marcado de revoluções, evoluções e transformações. O Iluminismo foi a transição do poder centralizado para o poder fragmentado, dando abertura a uma nova ordem democrática e trazendo para o centro das discussões não mais o interesse do soberano, mas do homem enquanto pessoa humana e sujeito de direitos.

Nessa ocasião, Beccaria em sua obra contribui para que a dignidade do homem ou o Princípio da Humanidade fosse resguardado também dentro da aplicação da pena e que fosse retirado o seu caráter tirano. Isso não só para proteger o delinquente que recebe a pena mas também a sociedade. Ora, a pena cruel não era justa e coisificava aquele que cometia crimes, além de não preveni-los, não trazendo segurança jurídica para a sociedade.

Posterior a esse momento, houve o surgimento de diversas instituições que precedem o Direito tais como princípios, tratados de Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Poder Constituinte determinantes para a aplicação de penas e formação do Direito Penal atual. Portanto, a funcionalidade/finalidade da pena transmutou-se na história desde a teoria absoluta da pena ou retributiva, que não considerava o apenado um sujeito de direitos e que correspondia à pena meramente vingativa, até a teoria adotada pela atual legislação penal brasileira, que adota a teoria relativa mista das penas, a qual compreende a pena sob duas funções: retribuição e prevenção e ressocialização. É justamente nessa análise fática da retribuição e prevenção que se observa uma espécie de seletividade e ausência de ressocialização. Desta forma:

Obviamente que tal raciocínio, por mais que traga um falso conforto à sociedade, não pode prosperar. Isso porque a própria sociedade não toleraria a punição de todos os seus comportamentos antissociais, os quais já está acostumada a praticar cotidianamente. O mais interessante desse raciocínio é que somente gostamos da aplicação rígida do Direito Penal quando ela é dirigida a estra-

nhos, melhor dizendo, somente concebemos a aplicação de um Direito Penal Máximo quando tal raciocínio não é voltado contra nós mesmos, contra nossa família, contra nossos amigos, enfim, Direito Penal Máximo somente para os “outros”, e se possível nem o mínimo para nós; [...].¹⁸

Esse é o motivo pelo qual aqui se usa o termo *construção*, e não *evolução*, diferente de grande parte dos doutrinadores; compreende-se que as penas sob os aspectos histórico e contextual não seguiram uma linearidade progressista, usando-se algumas vezes, no processo de humanizar as penas, dos discursos para disfarçá-las da crueldade e aplicar cada vez mais o interesse econômico analisado por Foucault na obra *Vigiar e Punir* (1975).

3 Preceitos fundamentais do Direito Penal brasileiro

Neste capítulo pretende-se, principalmente, relacionar as normas jurídicas do direito penal brasileiro dentro do quadro axiológico constitucional¹⁹ que dá origem a toda estrutura penal de um Estado Democrático de Direito, bem como observar suas contradições. Nesse sentido, Nilo Batista leciona:

Com propriedade Cirino dos Santos observa que o sistema penal, segundo ele “constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais”, pretende afirmar-se como “sistema garantidor de uma ordem social justa”, mas seu desempenho real contradiz essa aparência.²⁰

Os preceitos fundamentais do Direito Penal brasileiro estão presentes na análise dos bens jurídicos e sua relação com o instituto limitador constituinte expresso em princípios que limitam

18 GRECCO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista de direito penal*. 4. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2009. p. 14.

19 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 145.

20 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 25.

a atuação de punir do Estado. Nesse sentido, cabe o conceito dos bens jurídicos:

Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Estas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica [...] A missão do Direito Penal vem a ser a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais da ação mais elementares. De inspiração fenomenológica, essa peculiar orientação estabelece que os bens jurídicos realizam certas funções dentro do contexto amplo e dinâmico da vida social.²¹

Os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, que segundo o autor são bens derivados das necessidades humanas de acordo com o seu contexto, devem ser resguardados levando em conta um fator limitador que são os princípios, inclusive no limite de punir. Esses princípios derivam da Constituição, limitando o poder para se ater somente à tutela jurídica desses bens inerentes às finalidades mistas das penas – como visto no tópico anterior –, resguardando também a dignidade do apenado. Para Luís Prado Regis,²² “A dignidade pode ser concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”.

Além disso, é importante destacar um importante alicerce para a tutela dos bens jurídicos, que é Declaração Universal dos Direitos dos homens. A instituição dessa Declaração foi no ano de 1948, em um período pós-Segunda Guerra, a fim de garantir a dignidade e direitos humanos, frisa-se, a todos os homens. Desta forma, cria-se, segundo Zaffaroni e Pierangeli,²³ uma espécie de baliza jurídica positiva que serve de referência a todos os países que viessem a compactuar.

21 PRADO, 2019, p. 30.

22 PRADO, 2019, p. 25.

23 ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 63.

No Brasil, desde a Constituição de 1824, há um rol taxativo de direitos humanos. A ratificação do País com relação aos compromissos ligados a esses direitos está prevista no art. 4º, II, da Constituição Federal,²⁴ os quais, dessa forma, possuem força normativa, inclusive de emenda constitucional, se aprovados nas casas legislativas, conforme o art. 5º, LXXVII, § 3º, da Constituição Federal.²⁵ Dessa forma:

Em qualquer caso, o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada [...]. Numa sociedade de classes, os bens jurídicos hão de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominações vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais.²⁶

A tutela de determinados bens jurídicos está inerente ao instituto do garantismo penal, que corresponde²⁷ a uma teoria doutrinária traduzida em um sistema de garantias constitucionais de direitos fundamentais procedentes de um Estado Democrático de Direito e aplicadas no âmbito penal respeitando os alicerces fundamentais do Direito moderno, pautados em princípios.

O garantismo penal, portanto, abrange a teoria do Estado Democrático de Direito e por consequência os direitos fundamentais, que são essenciais para garantir a dignidade da pessoa humana

24 “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos;”

25 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

26 BATISTA, 2007, p. 96.

27 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

diante exposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, bem como no art. 5º e todos os seus incisos que tratam “Dos direitos e garantias fundamentais” estritamente relacionados ao princípio da legalidade.²⁸ Leciona Lima:

Nesta perspectiva, o legislador tem maior liberdade para criminalizar, já que, assim como ocorre com todos os demais subsistemas: civil, administrativo, tributário etc., somente não lhe é permitido contrariar o texto constitucional, ou, por outras palavras, qualquer movimento criminalizador que seja compatível com o texto lhe é plenamente admitido.

A imposição restritiva pode atuar: i) materialmente e ii) formalmente. Atua materialmente quando impõe ao legislador a impossibilidade de criação de normas penais que contrariem, em certa medida, os valores substanciais e os princípios transportados pelo texto constitucional, em especial os direitos fundamentais. Não é possível, por exemplo, a existência de penas perpétuas, de banimento, cruéis etc. (CF, art. 5º, XLVII).²⁹

A importância, portanto, de compreender o garantismo é possibilitar um questionamento sobre a aplicabilidade dessas garantias que, em tese, deveriam estar sempre presentes em qualquer tipo de elaboração legislativa e aplicação penal.

Nesse sentido, Nilo Batista³⁰ afirma que os princípios possuem também uma função social, e Luís Regis Prado,³¹ por sua vez, denomina esses princípios de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado/Sociedade Democráticos de Direito. Na obra de Zaffaroni e Pierangeli,³² faz-se sabiamente uma analogia dos

28 O princípio da legalidade pressupõe a obediência à Constituição que precede toda a legislação brasileira.

29 LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49.

30 BATISTA, 2007.

31 PRADO, 2019.

32 ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 153.

princípios das análises químicas: ora, as amostras químicas servem para que, previamente, se garanta o resultado, e é o mesmo com os princípios; a utilização desses visa uma otimização dos resultados.

4 Os estigmas do controle social e o hiperencarceramento no Brasil

Tudo que foi exposto até aqui indireta ou diretamente abrange o sistema penal: a construção do Direito e do Direito Penal apontando seus aspectos de uma tradição jurídica do Ocidente, bem como suas respectivas teorias de funcionalismo/finalidade das penas, e a exposição dos princípios como alicerce do garantismo penal e como precedente do Estado de Direito. Tudo foi para que agora neste tópico se desenvolva o sentido dúbio dos estigmas, para enfim apontar a importância da Criminologia Crítica ao falar de sistema penal e para demonstrar as lesões aos preceitos fundamentais na situação fática dos encarcerados.

A partir dessa análise, faz-se o desdobramento do sistema penal para entender a complexidade do método da Criminologia Crítica. Dessa maneira Zaffaroni e Pierangeli³³ defendem o sistema penal como “controle social institucionalizado”; isso quer dizer que o sistema penal institucionaliza e instrumentaliza o controle social, contudo, institucionaliza o sistema penal como um todo de uma forma que se contradiz em si expressando-se de forma represora ao não cumprir com algumas garantias propostas e preceitos fundamentais do Estado democrático. Conceitua-se Criminologia Crítica a partir de um dos percussores da matéria:

[...] Criminologia Crítica, se dirigiu principalmente para o processo de criminalização, identificando nele um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista, e perseguindo, como um de seus objetivos principais, estender ao campo do direito penal, de modo rigoroso, a crítica do direito desigual. Construir uma teoria materialista

33 ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 65.

(econômico-política) do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, e elaborar as linhas de uma política criminal alternativa, de uma política das classes subalternas no setor do desvio: estas são as principais tarefas que incumbem aos representantes da Criminologia Crítica, que partem de um enfoque materialista e estão convencidos de que só uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal, na sociedade tardo-capitalista, pode permitir uma estratégia autônoma e alternativa no setor do controle social do desvio, ou seja, uma “política criminal” das classes atualmente subordinadas.³⁴

Quanto à realidade concreta, há de se comprovar, com a análise do hiperencarceramento que ocorre no Brasil, que as supostas diretrizes de políticas criminais, embora existam, se declaram ineficazes, reafirmando a teoria do presente artigo, que analisa os estigmas com um aspecto dúbio: estrutura e seletividade – a partir da análise das teorias qualitativas de autores/doutrinadores da Criminologia Crítica referentes à historicidade econômico-social inserida inevitavelmente nessa estrutura, que se contradiz com os próprios discursos que a legitimam em um Estado Democrático de Direito.

Os preceitos fundamentais na legislação brasileira, embora não se tenha um rol taxativo, têm a sua força normativa no conteúdo constante da Constituição da República Federativa do Brasil, cabendo contra o que a lesionar o chamado remédio constitucional da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF – art. 102, § 1º). Apesar de este estudo não ser propriamente constitucional, não deixa de o ser pelo fato de toda a legislação brasileira obrigatoriamente dispor da Constituição, e exalta-se a aplicabilidade disso através do Controle de Constitucionalidade.

Bacilla,³⁵ em sua obra *Criminologia e Estigmas: um estudo sobre o preconceito*, observa que “os estudiosos não fizeram muitos esforços

34 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 197.

35 BACILLA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14.

para descrever as precondições estruturais do estigma ou mesmo para fornecer uma definição do próprio conceito”. Portanto, cabe retomar a introdução do presente estudo, no qual se tratou da formação jurídica sob uma perspectiva da construção de uma tradição jurídica ocidental. Agora que retomada a importância desse aspecto, convido-o, leitor, a fazer o uso da interpretação para compreender o estigma a partir de duas perspectivas dúbias: a tradição ou as pré-condições estruturais e o etiquetamento ou seletividade no sistema penal.

No que cabe ao estigma como tradição, com base em alguns autores e pesquisadores criminólogos, este se traduz como as pré-condições implantadas de forma estrutural e decorrentes de um processo de criminalização gerador de regras, formais e informais, produzindo uma espécie de *estrutura própria, observando-se* a correlação de poderes a partir de um contexto histórico, social, antropológico e político que conseqüentemente é jurídico.

Notou-se, diante o exposto, que predominou e se legitimou nessa estrutura uma classe que tem o monopólio de punir, o que caracteriza em exclusão e neutralização de outra parcela da sociedade. Isso gera um Direito Penal desigual. No Brasil, no entanto, ao se analisar o art. 5º da Constituição Federal brasileira, que define que todos são iguais perante a lei, percebe-se que é uma falsa igualdade em uma construção desigual.

Nesse sentido:

Em segundo lugar, a partir da consideração do direito penal como direito desigual, devem-se empreender dois movimentos: 1º) instituir a tutela penal em campos que afetem interesses essenciais para a vida, a saúde e o bem-estar da comunidade (o chamado “uso alternativo do direito”): criminalidade econômica e financeira, crimes contra a saúde pública, o meio ambiente, a segurança do trabalho, etc.; 2º) contrair ao máximo o sistema punitivo, observando-se que muitos dos códigos penais vigentes foram elaborados sob o signo de uma concepção autoritária e ética do Estado.³⁶

36 BATISTA, 2007, p. 37.

Portanto, toda sociedade tem uma estrutura regida por regras que, segundo Grecco, podem ser informais quando procedidas de pessoas próximas ao agente, tais como pais, amigos e vizinhos, e formais quando regulamentadas de forma legal sob o exercício de polícia. Esse conjunto pode ser sumariamente definido como *fatos sociais*, caracterizados por Durkheim,³⁷ que são de natureza coerciva e que acabam sendo generalistas. Nesse sentido cabe criticar que, segundo essa analogia, os antecedentes da lei que compõem fatos sociais na forma de lei são feitos através de uma *coerção social* genérica constituída de desigualdades.

É dessas regras coercivas da sociedade, revestidas de lei, que decorrem os crimes que, tradicionalmente, através de uma política intrinsecamente coerciva, baseada nas relações de poderes, foram rotulados e estigmatizam os delinquentes.

Nas palavras de Bacilla:

Faz-se mister evidenciar o lado social da norma Jurídica procurando conhecer mais de perto a realidade do que se pretende interpretar. É preciso, pois, descobrir o verdadeiro sentido da regra positiva. E mais: é necessário verificar o quanto o intérprete está imerso no objeto que analisa e o quanto há de armadilha nesse universo em tela. Mas, principalmente, é imperativo registrar o quanto o elaborador das normas está corrompido pelas sombras dos estigmas.³⁸

Compreender a punição e a estrutura social além do conceito dogmático do crime é estender o olhar ao processo de criminalização antecedente à construção do Direito Penal que tradicionalmente constitui as políticas criminais brasileiras, que encarceram de maneira seletiva, criando um sistema punitivo violento que contradiz os seus discursos em si.

Os estigmas, dessa forma, aponta Bacilla, são espécie do gênero das metarregras, que são regras movidas a instituições,

37 DURKHEIM *apud* BARATTA, 2002.

38 BACILLA, 2015, p. 16.

convicções, hábitos e tradições e influenciam na decisão do operador do direito e do legislador:

As metarregras são seguidas de forma consciente ou não pelos órgãos oficiais, mas são ligadas às regras, aos mecanismos e às estruturas objetivas da sociedade e estão baseadas sobre relação de poder. Apresentam aspecto subjetivo. São objetivas porque constituem práticas de interpretação e se fundamentam também em fatores externos, portanto, são estruturas objetivas da sociedade. Por outro lado, têm seu lado subjetivo ao implicarem mecanismos psíquicos e atitudes subjetivas. Enfim, são “leis” e “mecanismos” que agem objetivamente na mente do intérprete. Por outro lado, as metarregras são seguidas de formas conscientes ou não e têm o condão de atribuir, no plano jurídico, responsabilidade penal e, na esfera social, estigma, demonstrando também o caráter de desigualdade no sistema penal. É como se fosse um bem negativo. A consequência principal das metarregras é a seleção de certas pessoas para o sistema penal.³⁹

Conforme retrocitado, Bacilla afirma: “A consequência principal das metarregras é a seleção de certas pessoas para o sistema penal”. Há de se analisar a teoria do etiquetamento, originalmente denominada *labeling approach*,⁴⁰ que é uma das abordagens da Criminologia Crítica.

Para melhor compreensão do conceito do etiquetamento social e suas consequências fáticas no *jus puniendi* privativo de liberdade quanto ao caráter seletivo do encarceramento em massa no Brasil, é preciso deslocar o olhar para a diferença entre desvio e quem decide o que é desvio. Nesse sentido, Baratta:

Mostra a natureza irreversível da crítica do *labeling approach* à ideologia tradicional: a criminalidade como *status* atribuído a alguns sujeitos pelo poder de outros sujeitos sobre a criação e aplicação da lei penal, através de mecanismos seletivos estruturados sobre a estratificação social e o antagonismo de classes, refutaria o princípio de igualdade; a relação variável do processo de criminalização

39 BACILLA, 2015, p. 20.

40 BARATTA, 2002, p. 159.

com a posição social do acusado indicaria a relatividade da proteção penal a bens jurídicos, atingindo o princípio de legitimidade; enfim, a diferenciação entre desvio primário e desvio secundário acabaria por desmoralizar a ideia de ressocialização e, portanto, o princípio de prevenção: o desvio secundário, definido como efeito do desvio primário, indicaria a natureza criminogênica do tratamento penitenciário e a distância entre a ideologia da ressocialização e a realidade da prisionalização.⁴¹

O resultado dos estigmas tanto como tradição da estrutura social quanto como etiquetamento traz como consequência um Direito manipulado que, dentro da esfera fática penalista, se transmuta com uma violência deturpada que, ao invés de garantir a igualdade, reafirma a desigualdade. A partir dessa ideia do Direito estigmatizador, compreende-se a contradição dos discursos do Direito Penal, que pune com base nos seus próprios estigmas advindos de uma autolegitimação autoritária de uma construção do processo de criminalização justificado por um garantismo do controle social que se contradiz em si.

Os estigmas do sistema penal resultam de uma tradição jurídica estrutural e estão diretamente correlacionados à ideia de etiquetamento, sendo importante filtrar esse olhar na historicidade e na estrutura capitalista que, a partir de uma análise social e econômica da criminalidade, reafirma a desigualdade em sua forma primária (mecanismo de normatização) com discursos que disfarçam a violação dos preceitos na forma secundária (aplicação seletiva da norma).

Nesse sentido, cabe a definição de Foucault sobre o sistema carcerário e seu caráter de produção dentro desse sistema:⁴²

Segundo Foucault, a forma prisão se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os diversos processos para repartir os indivíduos, fixá-los, distribuí-

41 BARATTA, 2002, p. 12.

42 FOUCAULT *apud* BENELLI, S. J. Foucault e a prisão como modelo institucional da sociedade disciplinar. In: *A lógica da internação: instituições totais e disciplinares (des)educativas*. São Paulo: Ed. UNESP, 2014. p. 7.

-los espacialmente e classificá-los, visando tirar deles o máximo de tempo e de forças, treinando seus corpos, codificando seu comportamento continuamente, mantendo-os sob uma visibilidade sem lacunas, formando em torno deles um aparelho completo de observação, registrando anotações, produzindo sobre eles um saber que se acumula e se centraliza.

No que tange à pena privativa de liberdade, como já exposto, a legislação brasileira adota a teoria mista da funcionalidade das penas, que propõe o garantismo penal no Estado Democrático de Direito com base em princípios que limitam a prerrogativa do Estado de punir, o *jus puniendi*.

É possível extrair dos preceitos fundamentais três preceitos alicerces dos demais: igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Conforme descrito anteriormente, essas três características são resultado de diversas ações, evoluções e revoluções progressistas que hoje pautam a figura do Estado. A partir dessa análise, é possível extrair a complexidade da pena, uma vez que interfere legitimamente na liberdade do indivíduo, e por isso a existência do princípio da lesividade, a fim de limitar a intervenção Estatal nesse sentido e resguardar a dignidade humana, que se pauta na igualdade.

Mesmo assim, segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça (em 27.11.2020, à 1h56), 53,1% dos presidiários cumprem pena em regime fechado no Brasil, apenas 14,3% cumprem em regime aberto e apenas 5,3 % cumprem medida de segurança, sendo a população carcerária, segundo informação do sistema web do Depen do período de janeiro a junho de 2020, de 702.069 encarcerados; e, conforme dados do CNJ, 48,8% dos estabelecimentos prisionais fiscalizados pelo órgão estão em condição de superlotação.

Desses estabelecimentos prisionais fiscalizados pelo CNJ, 28,5% estão na categoria “péssimas condições”, enquanto apenas 1,5% estão em “excelentes condições”. A obrigatoriedade normativa do Estado de disponibilizar os estabelecimentos prisionais em boas condições está além da previsão constitucional no art. 5º, XLIX; está também na Lei de Execuções Penais, principalmente em seu art. 10 e seguintes, que tratam da responsabilidade objetiva

do Estado de fornecer assistência material, assistência à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e ao egresso, a qual, conforme demonstrado, não se cumpre.

No Brasil, a denúncia a esses descumprimentos que lesionam a própria base do Estado Democrático de Direito bem como os discursos progressistas com o fim de abolir essa cultura do hiperencarceramento, institucionalizada estruturalmente no Brasil e que contradiz a sua própria legislação, estão cada vez mais evidentes e tomando mais força. Desta forma, leciona o ministro Barroso em recurso extraordinário cujo objeto se referia à responsabilidade estatal por danos morais ao preso causados pela superlotação e que resultou na decisão que presume que o preso submetido a situação degradante e a superlotação na prisão tem direito a indenização do Estado por danos morais:

É preciso romper com a lógica do hiperencarceramento que está por trás dos índices de crescimento exponencial da população prisional brasileira. O imaginário coletivo é permeado pela ideia de que colocar pessoas atrás das grades é a única resposta legítima para lidar com a criminalidade, independentemente do tipo e da gravidade do crime praticado. Porém, como demonstram os dados, trata-se de uma lógica falha. O encarceramento em massa não tem contribuído para os objetivos das políticas de segurança pública e para a prevenção do crime – ao contrário, tem favorecido o aumento da prática delitiva. Ele tampouco tem permitido a ressocialização dos presos, possuindo, em verdade, um efeito estigmatizante e degenerativo sobre a população carcerária. Apesar disso, a política tem gerado altos custos para os cofres públicos e para a sociedade [...] sem excesso de tipificações, que geralmente importam em criminalização da pobreza, e sem exacerbação de penas, que apenas superlotam presídios degradados [...]. Como exige a Constituição, a privação de liberdade deve ser medida de *ultima ratio*, aplicada apenas quando a gravidade da ofensa e a importância do bem jurídico tutelado tornarem todas as demais medidas nitidamente inadequadas.⁴³

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 580252/MS*. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 17 nov. 2020. p. 29.

Portanto, não há discursos majoritariamente doutrinários ou normas expressamente acolhidas pelo Direito Penal brasileiro que justifiquem as lesões à igualdade e à dignidade humana: em tese, no dever ser. Isso porque, conforme demonstrado, essas lesões estão institucionalizadas e estigmatizadas no Direito Penal.

Desta forma, cabe exemplificar a teoria do etiquetamento em face da possibilidade de fazer o levantamento de que os crimes de colarinho branco (contra a Administração Pública), em regra, fogem a essa repressão, pois correspondem a 0,17% (dados do Depen) no estabelecimento prisional, enquanto os crimes de tráfico ou patrimoniais equivalem a 71,04%, causando assim o encarceramento em massa de determinada classe. E nessa análise do etiquetamento vale destacar que 61,26% da população carcerária corresponde a negros e pardos.

Da mesma forma que aqui se defende a crítica à deslegitimação e desinstitucionalização do sistema penal da forma em que se encontra hoje, não se defende a institucionalização e a legitimação dos crimes de tráfico ou patrimoniais. Todavia, fato é que esses crimes decorrem de um pano de fundo social mais complexo causado, principalmente, pela desigualdade e falta de educação por omissão do Estado, quase que inerentemente culturais, existentes no Brasil; e neutralizar essa classe não é solução para o problema social preexistente. Ademais, afirma-se com convicção que o sistema penal nem deve servir de solução imediata a esses problemas. Como visto, não é esse o discurso que legitimará esse sistema.

5 Conclusão

Foi aplicado a este estudo o método utilizado pela literatura da Criminologia Crítica, que analisa não somente o crime mas também todo o processo de criminalização que instrumentaliza e legitima o sistema penal a reafirmar a ordem social. Portanto, a Criminologia Crítica, sem que se retire o caráter necessário do sistema penal, denuncia os déficits dessa estrutura que se resulta violenta aos preceitos principalmente no que tange à igualdade e dignidade humana.

Conclui-se que os estigmas estão presentes há muito tempo na estrutura da sociedade. Através da análise do processo de criminalização, é possível identificar que dentro do controle social há uma tradicional estratégia decorrente de um longo processo do próprio controle social e que é instrumentalizada através do *jus puniendi*, envolvendo processos de criminalizações primárias e secundárias que inevitavelmente, em uma sociedade desigual, possuem uma característica estigmatizante que lesiona os preceitos fundamentais do Direito brasileiro em uma estrutura de Estado Democrático de Direito e, portanto, de garantias; isso se mostra quando se trazem para a pauta da discussão os fatores fáticos – em contrapartida com o papel do garantismo, dos princípios, dos bens jurídicos, do Direito Constitucional e da própria finalidade da pena – e todo esse resultado de revoluções e evoluções do próprio discurso que justifica privar a liberdade de um sujeito de direito em uma sociedade em que o maior alicerce é a liberdade.

O método científico utilizado neste estudo foi o que se utiliza na Criminologia Crítica, o mesmo método utilizado por Marx, no entanto no âmbito Penal. Portanto, esta análise utilizou-se principalmente de referência bibliográfica dentro da carga literária e doutrinária de autores que trabalham sob essa perspectiva criminológica, que levam em consideração o caráter fragmentário do Direito para compreender o Direito Penal como um todo, possibilitando questionamentos e indagações dentro da sua estrutura.

A literatura e terminologia Criminologia Crítica não é comum no ambiente acadêmico e nem diretamente nas decisões Judiciais brasileiras. Todavia, conforme demonstrado, é uma matéria atual e utilizada, indiretamente, por alguns juristas brasileiros ao criticar o sistema penal brasileiro que há alguns anos encontra-se em crise. A realidade fática do Brasil diante da crise do hiperencarceramento é um exemplo mais que evidente da necessidade se rediscutir e criticar o sistema penal da maneira que se apresenta, em contradição com o discurso que justifica a forma de Estado de Direito em seu dever ser com a democracia e as normas que o constituem em um Estado de garantias constitucional, sobretudo no que diz respeito ao

preceito de igualdade e dignidade humana que evidentemente estão em constante descumprimento pelo poder público com a sociedade.

Conclui-se, assim, que o estigma possui um caráter dúbio: estigma como tradição ou pré-condição de contextos que constroem o próprio Direito, vinculado ao caráter de uma estrutura estigmatizada de tal forma que se apropria de forma estigmatizante da exclusão dentro do processo de criminalização conforme também a teoria do *labelling approach* ou do etiquetamento.

Não se propõe o abolicionismo do sistema penal, e também não se apresentou uma solução, mas propõe-se um olhar crítico de maneira que se discuta e rediscuta a aplicação da política criminal no Brasil. Não que as políticas criminais inexistam, mas não têm eficácia ao se analisar a duradoura situação do hiperencarceramento.

É preciso olhar para a cultura da neutralização do delinquente e da pena privativa de liberdade como solução de conflitos sociais e criticá-la. Além disso, é preciso compreender o processo de criminalização e suas consequências, que reafirmam a desigualdade já preexistente na estrutura da sociedade em si. É necessário valorizar os movimentos progressistas e evoluções que ocorreram na nossa história e exigir que as garantias conquistadas sejam cumpridas. A Constituição não é uma norma abstrata, é uma norma concreta e absoluta.

Concluiu-se que o Direito Penal não pode ser utilizado para a solução imediata de problemas sociais existentes a longo prazo causados pela falha estatal. Inclusive, ao se analisarem as teorias finalistas e doutrinárias das penas, percebe-se que nem é essa a sua função. Portanto, a tentativa de recuperar um delinquente, não sanando os déficits sociais, tem uma consequência paradoxal do compromisso do Estado com todos os sujeitos de direito, pois não se pode descaracterizar o apenado como sujeito de direitos, e é preciso que se cumpra com a tutela de seus bens jurídicos horando com os preceitos fundamentais da igualdade e da dignidade humana. Ainda, nota-se que não é possível o Direito Penal como *ultima ratio* em uma sociedade em que não se cumpre a *prima ratio* dos preceitos fundamentais em seus aspectos constitucionais.

Referências

BACILLA, Carolos Roberto. *Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição Ridendo Castigat Mores (1764). Versão para e-Book e-BooksBrasil.com. Fonte digital.

BENELLI, S. J. Foucault e a prisão como modelo institucional da sociedade disciplinar. In: *A lógica da internação: instituições totais e disciplinares (des) educativas*. São Paulo: Ed. UNESP, 2014. p. 63-84.

BERMAN, Harold. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Dados sobre as inspeções penais em estabelecimentos prisionais*. Março 2020. Disponível em: <https://paineisana.lytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=cursel>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 580252/MS*. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Princípio da Insignificância*. 2015. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/principio-da-insignificancia>. Acesso em: 29 nov. 2020.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, José Murilo. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro das sombras: a política imperial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

DADOS NO SISTEMA PRISIONAL. Composição da população por cor/raça no sistema prisional. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVlMWRiOWYtNDVhNi00N2NhLTk1MGEtM2FiYjJmMmIwMDNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 14 nov. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRECCO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista de Direito Penal*. 4. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2009.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2008.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral (art. 1º ao 129): volume 1*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito penal: partes geral e especial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SANCHES, Rogério. *Manual de direito penal: parte geral – Volume Único*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

VADE MECUM COMPACTO. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.