

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 21 • Número 58 • janeiro/junho 2022

ISSN 1676-4781



ESMPU

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 21 • Número 58 • janeiro/junho 2022

ISSN 1676-4781

Brasília-DF





República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
Antônio Augusto Brandão de Aras

Vice-Procuradora-Geral da República
Lindôra Maria Araújo

Escola Superior do Ministério Público da União

Diretor-Geral
Alcides Martins

Diretor-Geral Adjunto
Manoel Jorge e Silva Neto

Secretário de Educação, Conhecimento e Inovação
Carlos Vinícius Alves Ribeiro

Secretária de Comunicação Social
Graziane Madureira

Secretário de Administração
Ivan de Almeida Guimarães

Secretário de Tecnologia da Informação
Rajiv Geeverghese

Parecerista
Carllyam Soares Dias

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 2022. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Comunicação Social

Graziane Madureira

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

Sheylise Rhoden

Diagramação

Sheylise Rhoden

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 21, n. 58, jan./jun. 2022

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

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

Editorial

Com o intuito de engrandecer e estimular a difusão de conhecimentos acerca da temática jurídica, é com grande satisfação que a Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) divulga a 58ª edição de seu *Boletim Científico*. A publicação semestral dos artigos elaborados por membros e servidores do Ministério Público da União (MPU), bem como por colaboradores externos como magistrados, advogados, professores, consultores e acadêmicos, representa valiosa ferramenta para divulgação de novos pontos de vista e análises sobre importantes temas no âmbito do Direito.

Neste volume, a Escola apresenta oficialmente a seu público o novo projeto gráfico do periódico, com visual moderno e agradável à leitura. Além da mudança na aparência, a publicação semestral passa a oferecer mais um formato, o ePub. A partir de agora, o *Boletim Científico ESMPU*, em versões PDF e ePub, de uso gratuito e livre, poderá ser lido nos mais diversos dispositivos, proporcionando aos leitores uma experiência personalizada, com foco em garantir o direito ao livro acessível, possibilitando a configuração do conteúdo de acordo com a fonte, o corpo de texto, o layout e o tema desejados.

A ESMPU, como instituição governamental de ensino voltada para a profissionalização de membros e servidores do MPU, tem importante papel na capacitação e no aperfeiçoamento de seus integrantes. Destarte, a publicação do *Boletim Científico* reúne assuntos atuais imprescindíveis ao aprofundamento dos estudos, bem como à prática jurídica.

Os temas abordados nesta edição abrangem os diversos ramos do Direito, com discussões nas áreas trabalhista, criminal, empresarial, constitucional e administrativa. Diante da diversidade de assuntos, de maneira sintética, encontram-se pesquisas sobre: a desigualdade de gênero nas relações de emprego e a sua influência nos demais direitos constitucionais; a análise da teoria do domínio do fato nos crimes empresariais; a atuação do Ministério Público diante da Agenda 2030 da ONU; a aplicação de diretrizes do processo civil no processo do trabalho; a relação dos direitos humanos com o Ministério Público; a

abordagem de direitos fundamentais como liberdade e igualdade; a universalidade e o respeito aos debates internos; a análise sobre ações coletivas no Direito do Trabalho; a reflexão sobre o teletrabalho; a possibilidade de punição na esfera trabalhista em casos de trabalho infantil; o estudo sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no processo do trabalho; a análise do trabalho doméstico e seus desdobramentos durante a pandemia; a competência jurisdicional nas demandas de processo coletivo; a capacidade civil da pessoa com deficiência; a responsabilização de impactos ambientais; a identificação por perfil genético para fins criminais; os mecanismos que podem ser aplicados nos laboratórios de inovações; a análise da possibilidade de que o Ministério Público proponha acordo de leniência na esfera federal; a influência da corrupção nos direitos humanos; e a análise da possibilidade de aplicação do instrumento de acordo de não persecução penal aos crimes de tráfico de drogas.

Temas contemporâneos tratados nesta publicação incentivam a reflexão e enriquecem as discussões positivas sobre os assuntos em destaque nas relações jurídicas atuais. Os conteúdos observados nesses artigos evidenciam a abrangência e a diversidade do Direito.

No escopo de ampliar o debate e disseminar o conhecimento sob diferentes perspectivas, desejamos auspiciosa leitura das pesquisas reunidas neste *Boletim Científico* e agradecemos as significativas e tão valiosas contribuições prestadas pelos autores dos artigos nele contidos.

Alcides Martins

*Diretor-Geral da Escola Superior
do Ministério Público da União*

Sumário

(Im)possibilidade de acordo de não persecução penal em casos de tráfico internacional de drogas ante a possibilidade de reconhecimento de tráfico privilegiado | **9**

Amanda Karol Mendes Coelho

Teoria do domínio do fato e responsabilidade penal dos diretores de empresas na criminalidade econômica | **26**

André da Silva Santos

Forum non conveniens como instrumento de controle da competência adequada no processo coletivo | **51**

Bruna Simoni Jucá

A responsabilização por impactos ambientais cumulativos e sinérgicos | **68**

Djeison Rique Barazetti

A legitimidade do Ministério Público Federal para a propositura dos acordos de leniência no âmbito federal | **92**

Fernando Pereira de Azevedo

Estudos preliminares sobre o cabimento de ações coletivas passivas na Justiça do Trabalho | **109**

Hermano Martins Domingues

Pocket Labs aplicado ao Ministério Público da União | **142**

Husseyñ Alaouieh Chaves e Raquel Fragoso Araujo

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no processo do trabalho: breves comentários | **167**

Izabel Cristina de Almeida Teles

“E se ela não vier”: um panorama do trabalho doméstico durante a pandemia no Brasil | **180**

Jamili Pereira

Uso de Software-Defined Perimeter (SDP) e Virtual Desktop Infrastructure (VDI) como estratégias para aprimorar a segurança em atividades de home office | **197**

José Thiago Fredenhagen Filho

O Ministério Público do Trabalho em prol da Agenda 2030 da ONU e da concretização do princípio da fraternidade | **219**

Juliana Bortoncello Ferreira

A exploração sexual de crianças e adolescentes: responsabilização na esfera trabalhista pela prática de trabalho infantil | **237**

Luciana Marques Coutinho e Virgínia de Azevedo Neves

Os reflexos da corrupção nos direitos humanos | **261**

Marcelle Pestana Gomes

Os direitos humanos e o papel do Ministério Público na realização do controle de convencionalidade no Direito brasileiro | **283**

Maria Clara Mattei

A construção geográfica do espaço constitucional como possibilidade de uma radicalização democrática: crítica feminista à dicotomia público vs. privado | **304**

Otávio Binato Júnior

Divisão sexual do trabalho: entre o trabalho produtivo e reprodutivo, os anos passam e a mulher permanece sendo o Outro | **318**

Renata Oliveira Magalhães

Capacidade civil da pessoa com deficiência: consolidação do sujeito democrático | **343**

Stefany Pavani Pereira da Silva

Autocrítica, honestidade intelectual e apego à verdade: o primado da ética na filosofia como resistência à autofagia nas universidades e instituições | **368**

Tatiana Almeida de Andrade Dornelles

Identificação por perfil genético para fins criminais: reflexões sobre as modificações trazidas pela Lei n. 13.964/2019 | **385**

Thales Messias Pires Cardoso

A desobediência civil como meio para a preservação da liberdade e da igualdade | **403**

Thiago da Silva Cabreira

(Im)possibilidade de acordo de não persecução penal em casos de tráfico internacional de drogas ante a possibilidade de reconhecimento de tráfico privilegiado

Amanda Karol Mendes Coelho

Assessora jurídica no Ministério Público Federal, lotada na Procuradoria da República em Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Resumo: Com a finalidade de obter um processo penal mais célere, eficiente e desburocratizado, o acordo de não persecução penal (ANPP) vem se consolidando como mecanismo de justiça criminal consensual para conflitos penais de menor gravidade, evitando, inclusive, efeitos negativos de uma condenação tardia. A gravidade do delito que possibilita a oferta do acordo é limitada pela legislação a partir de requisitos objetivos, sendo um deles a pena mínima de quatro anos, mas também de requisitos subjetivos, diante da cláusula aberta indicada no *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal, por exemplo, quando menciona que o acordo deve ser proposto desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime em pauta. Especificamente no âmbito do crime de tráfico de entorpecentes descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tem-se a pena mínima do delito estabelecida em cinco anos e o elemento de transnacionalidade é caracterizado como causa de aumento de pena (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006). Nesse contexto, surge o debate relativo à possibilidade de oferta de ANPP nos casos de tráfico internacional de drogas ante eventual reconhecimento da minorante ínsita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, popularmente conhecida como “tráfico privilegiado”, visto que se trata de juízo de valor prévio acerca da condenação, sendo esse o problema a ser tratado na presente pesquisa. A metodologia da investigação consiste em pesquisa bibliográfica e análise da legislação nacional, bem como jurisprudência das cortes superiores e de precedentes da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; tráfico de drogas; tráfico privilegiado; direito processual penal.

Sumário: 1 Introdução. 2 A justiça penal negociada no ordenamento jurídico brasileiro. 2.1 “Lei Anticrime” e a consolidação do acordo de não persecução penal. 3 O acordo de não persecução penal diante do delito de tráfico de entorpecentes e a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado. 4 Considerações finais.

1 Introdução

Os espaços de consenso no processo penal, guiados pela autonomia individual e pelo acordo de vontades, romperam o clássico modelo processual pautado no princípio da obrigatoriedade da ação penal e na noção de rígida confrontação entre as partes.

O contexto de sobrecarga do Poder Judiciário e a morosidade específica do processo penal são fatores importantes que concorrem para a abertura de novas possibilidades e soluções a partir de modelos alternativos de resolução de conflitos e justiça restaurativa.

No entanto, apesar de geralmente ser lembrada por tais finalidades, como assegurar eficiência e redução de carga de trabalho dos órgãos jurisdicionais, a justiça consensual envolve debates que vão muito além dessa perspectiva meramente utilitarista. Isso porque o consenso também instiga questionamentos acerca das condições e dos limites em que se pode adotar um modelo de processo mais participativo, conciliador, integrador, bem como em que medida esse modelo contribui para a renovação do ordenamento jurídico-penal e para a tão proclamada efetividade do processo (LEITE, 2009).

Nesse sentido, a adoção de ferramentas consensuais por países de tradição romano-germânica, em relação aos crimes considerados de menor ofensividade, foi vista como instrumento de recuperação ou aumento da confiança e credibilidade no sistema de justiça criminal, e, assim, vem prevalecendo a ideia de que é necessário diversificar os mecanismos de resposta penal (ANDRADE, 2019).

Uma dessas novas ferramentas é o acordo de não persecução penal (ANPP). Disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal brasileiro (CPP), o acordo permite que o investigado, assistido por advogado, e

Ministério Público, em comum acordo e extrajudicialmente, estabelecem condições a serem cumpridas pelo investigado, cujo cumprimento integral gera a extinção da punibilidade, sem qualquer registro para fins de reincidência.

O instituto se destaca da suspensão condicional do processo e da transação penal por permitir, de fato, a ocorrência de uma negociação entre as partes acerca de uma maior gama de delitos (pena mínima inferior a quatro anos). A realização de proposta de acordo e a apresentação de contraproposta pelo investigado, com a consequente discussão acerca das cláusulas, bem como a análise individual das condições socioeconômicas do beneficiário, são elementos que afastam a noção tradicional de processo penal e revelam-se, ao menos em um primeiro momento, como um modelo mais participativo e integrador.

A introdução do novo instituto, inevitavelmente, apresenta controvérsias na prática forense. Apesar de o § 1º do art. 28-A do CPP indicar que as causas de aumento e diminuição devem ser consideradas para fins de verificação da pena mínima de quatro anos, a referida análise em delitos como tráfico internacional de drogas com a possibilidade de reconhecimento de tráfico privilegiado apresenta nuances características que já vêm sendo abordadas pela jurisprudência pátria e gerando debates doutrinários.

Diante de posicionamentos dissonantes na doutrina e na jurisprudência pátria, este artigo tem como finalidade apresentar um panorama atual acerca da aplicação do acordo de não persecução penal, especificando os posicionamentos sobre a possibilidade de oferta de ANPP em casos de tráfico internacional de drogas. A metodologia da investigação consiste em pesquisa bibliográfica e análise da legislação e da jurisprudência das cortes superiores e de precedentes da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

2 A justiça penal negociada no ordenamento jurídico brasileiro

Entre os diversos fatores que circundam o debate acerca do sistema criminal, a expansão dos espaços de consenso centraliza uma tendência internacional, que se faz presente também em âmbito brasileiro.

O modelo punitivista, que tem como uma das suas características centrais a obrigatoriedade da ação penal, há muito vem se demonstrando inviável economicamente, visto que distorce o tempo social e o tempo processual e gera um anseio por uma justiça que otimize recursos materiais e humanos; e tal morosidade também afeta diretamente o imputado que não tem uma resposta jurisdicional célere e se vê na angústia de um processo penal por tempo em demasia.

Em busca de inovações e novas soluções, o estudo do consenso no processo penal e a aplicação do princípio da oportunidade ganham mais espaço. Em verdade, da justiça consensual derivam alguns submodelos, destacados por Almeida e Nascimento (2020), quais sejam: o modelo reparador, que tem como finalidade reparar os danos e pode ser observado na conciliação; o modelo pacificador ou restaurativo, a chamada justiça restaurativa, em que, além da reparação do dano, o objetivo é a pacificação interpessoal e social do conflito; o modelo de justiça negociada, que como base utiliza a confissão do delito e a realização de um acordo entre acusação e defesa para definir a penalidade a ser aplicada; e, por fim, o modelo de justiça colaborativa, cujo alvo é obter a colaboração do acusado, materializada pela colaboração premiada.

Os autores apontam como vantagens do modelo de justiça negociada a ausência de prejuízos causados em virtude da demora do processo e o aumento do caráter educativo da pena pela prevalência das penas restritivas de direito; indicam também que a economia dos recursos materiais e humanos aumentam a eficiência no julgamento dos casos. Por outro lado, indica-se que deficiências na defesa técnica podem prejudicar o acusado quando da realização da confissão, além de que o Poder Judiciário passa apenas a homologar os acordos, reduzindo sua participação.

Assim, é possível assentar que a justiça consensual tem como finalidade substituir o modelo de solução meramente punitiva para uma solução mais construtiva e reparadora, além de evitar o colapso do sistema de justiça.

Pode-se considerar como o marco inicial da justiça consensual no ordenamento brasileiro a criação do instituto da transação penal na Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados). Na transação penal, a pretensão punitiva é disposta pelo Ministério Público em troca do cumprimento

de condições pelo autor dos fatos, mas apenas no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo (pena máxima não superior a dois anos).

Além da Lei dos Juizados, a Lei n. 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) também apresenta dispositivo incluído no sistema de justiça consensual, sendo esse a colaboração premiada, procedimento consensual como meio especial de obtenção de provas para o enfrentamento de organizações criminosas e crimes transnacionais.

Seguindo esse caminho, a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial) também apresenta possibilidade de se formalizar acordos de leniência em matéria anticorrupção.

Por fim, em dezembro de 2019, a Lei n. 13.964 foi aprovada pelo Congresso Nacional. Popularmente conhecida como “Lei Anticrime”, promove alterações no Direito Penal e Processual Penal e prevê a possibilidade de formalização de um acordo de não persecução penal (art. 28-A do Código de Processo Penal).

2.1 “Lei Anticrime” e a consolidação do acordo de não persecução penal

Elaborado pelo Ministério da Justiça, o projeto original da “Lei Anticrime” previa duas novas possibilidades de soluções negociadas no processo penal: o *plea bargain* e o acordo de não persecução penal. No entanto, houve veto do *plea bargain*, sendo aprovado apenas o acordo de não persecução penal.

Em verdade, o acordo de não persecução penal foi introduzido no ordenamento jurídico nacional em 2017 por meio da Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que definiu as regras norteadoras do procedimento investigatório criminal e dispôs sobre a possibilidade do acordo de não persecução penal. Logo após a publicação, surgiram diversas críticas ao conteúdo da Resolução, tanto que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ingressaram com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5.793 e n. 5.790, respectivamente. As ações se fundamentavam, entre outras questões, na suposta falta de regramento exigindo a presença de defesa técnica

para formalização do acordo, questão corrigida posteriormente com a Resolução n. 183/2018.

Outro ponto debatido nas referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foi a competência para legislar, visto que, conforme disposição do art. 22 da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal e Processo Penal. No entanto, essa questão pode ser considerada superada, tendo em conta a recente aprovação da mencionada Lei n. 13.964/2019, que formalmente introduziu o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico pátrio.

A Lei n. 13.964/2019 determina os requisitos a serem cumpridos para a formalização do acordo de não persecução penal. O *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal dispõe que, quando não for caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal. Nesse cálculo penal, devem ser consideradas as causas de aumento e diminuição da pena aplicáveis ao caso concreto. A título de exemplo, nos ilícitos penais como estelionato, corrupção ativa e passiva e contrabando será possível a celebração de acordo de não persecução penal.

Um primeiro desafio a ser enfrentado na análise do novo texto diz respeito à discricionariedade ou não do Ministério Público na oferta do acordo de não persecução penal. Isso porque o *caput* do art. 28-A dispõe que, cumpridos os requisitos legais, "o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal". Assim, é possível questionar se o órgão ministerial poderá, de forma discricionária, recusar-se a propor acordo de não persecução, ainda que o acusado preencha os requisitos legais para tanto. Diferentemente, interpretando-se que o acordo seria um direito subjetivo do acusado, seria necessário admitir que o investigado teria direito a pleitear o oferecimento de proposta de acordo em juízo, nas hipóteses de recusa do *Parquet* (LEIVA; SMANIO, 2020), assim como já ocorre quando da propositura de suspensão condicional do processo. Além disso, discute-se a possibilidade de oferta de acordo pela autoridade policial.

Considerando que as hipóteses de negativa de oferta do acordo de não persecução possuem cláusulas abertas como "elementos probatórios

que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”, bem como que cabe ao Ministério Público realizar o juízo de oportunidade da ação penal, analisando se o acordo seria “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, o próprio texto apresenta margem de discricionariedade ao órgão ministerial.

Por outro lado, embora o acordo de não persecução penal já fizesse parte da realidade do sistema de justiça brasileiro, como dito anteriormente, tendo em vista que já era aplicado por alguns órgãos do Ministério Público por força da então Resolução n. 181/2017 do CNMP, o acordo passou a ser obrigatório por imposição legal, de modo que diante da recusa do Ministério Público o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior (art. 28-A, § 14). Contudo, essa previsão não esgota o debate anterior, visto que o entendimento do órgão superior poderá ratificar a discricionariedade do Ministério Público.

Ainda quanto à discricionariedade do órgão ministerial, o texto prevê uma cláusula genérica de condição a ser indicada pelo *Parquet*, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. O juiz, portanto, será o responsável pela análise da proporcionalidade e compatibilidade para com o delito, em audiência, no momento de homologar o acordo.

Nos incisos I a V do art. 28-A, o legislador estabelece quais as condições para formalização do acordo: reparação de dano à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como produto ou proveito do crime; prestação de serviços à comunidade por período correspondente à pena mínima reduzida de um terço a dois terços; pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social indicada pelo juízo de execução a fim de proteger os bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados; cumprimento por prazo determinado de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com o ilícito imputado.

Outra controvérsia que exsurge da análise do texto legal advém do fato de que o novo art. 28-A do CPP indica que as condições acima elencadas deverão ser ajustadas “cumulativa e alternativamente”, de modo que não fica claro se o intuito do legislador foi exigir o cumprimento de

todas essas condições para que as partes possam firmar acordo de não persecução penal, ou de apenas algumas delas, deixando a definição a critério do Ministério Público (LEIVA; SMANIO, 2020).

Ainda, a lei veda a realização de acordo se for cabível transação penal; se o investigado for reincidente ou existirem elementos que indiquem a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional; se houve benefício pelo acordo de não persecução, transação penal ou suspensão condicional do processo nos últimos cinco anos; e em casos de crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou em razão da condição do sexo feminino.

A participação do Poder Judiciário no desenvolvimento do acordo de não persecução se limita à função de realização de audiência de homologação do acordo, certificando a voluntariedade e as condições, podendo devolver os autos ao Ministério Público para a readequação da proposta.

Caso alguma condição estabelecida no acordo seja descumprida, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, informando a rescisão do acordo, e posteriormente oferecerá a denúncia conforme disposto no § 10 do art. 28-A, na qual a confissão poderá ser utilizada em desfavor do acusado. Ainda, o § 11 do mesmo artigo estabelece que o descumprimento pode ser utilizado como justificativa para o não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Destaca-se também que a opção pela via negocial apresenta vantagens ao acusado, excluindo a imputação de pena de prisão, tampouco deixando registro para fins de reincidência.

3 O acordo de não persecução penal diante do delito de tráfico de entorpecentes e a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado

O crime de tráfico de entorpecentes, descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tem como pena mínima cinco anos, e o elemento de transnacionalidade é caracterizado como causa de aumento de pena, na qual é possível aplicar aumento de um sexto a dois terços (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006).

Nesse contexto, surge o debate relativo à possibilidade de oferta de ANPP nos casos de tráfico internacional ante o eventual reconhecimento da minorante ínsita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, popularmente conhecida como “tráfico privilegiado”, visto que se trata de juízo de valor prévio acerca da condenação.

Isso porque, para tanto, seria necessário analisar, antes da instrução da ação penal – apenas com os elementos indiciários –, todas as circunstâncias do delito, buscando definir o reconhecimento do tráfico privilegiado, bem como o *quantum* da minorante, a fim de que a pena aplicada se encaixe no limite de quatro anos estabelecido para oferta de ANPP (art. 28-A, *caput*, CPP).

Toda essa questão gerou dissonância jurisprudencial, visto que há entendimentos indicando a pena mínima de cinco anos do crime de tráfico como impeditivo, por si só, para oferta de ANPP por si só e apontando como inviável o juízo prévio acerca do reconhecimento da minorante supracitada quando do recebimento da denúncia.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento recente da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual decidiu pela impossibilidade de formalização de ANPP nos casos de tráfico de drogas (de modo geral), haja vista a vedação objetiva (pena mínima superior a quatro anos) disposta no art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, não sendo possível realizar um “juízo de valor antecipado sobre a condenação final”, para fins de *quantum* de tráfico privilegiado e eventual quantidade de pena aplicada:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP. AUSÊNCIA REQUISITO OBJETIVO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REAVALIAÇÃO. PRAZO DE 90 DIAS. NÃO COMPROVAÇÃO DE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. *É incabível o oferecimento de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes – cuja pena mínima é superior a 4 anos –, em razão do não preenchimento de um dos requisitos objetivos do art. 28-A, caput, do CPP.* 2. *É inviável a análise acerca do reconhecimento do tráfico privilegiado e da quantidade de pena a ser eventualmente fixada em sentença condenatória, pois não é permitido, na estreita via do writ, juízo de valor antecipado sobre a condenação final.*

3. A prisão preventiva é cabível mediante decisão fundamentada em dados concretos quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312, 313 e 315 do Código de Processo Penal. 4. São fundamentos idôneos para a decretação da segregação cautelar no caso de tráfico ilícito de entorpecentes a quantidade, a variedade ou a natureza das drogas apreendidas. 5. A revisão de ofício da necessidade de manutenção da prisão cautelar a cada 90 dias (art. 316, parágrafo único, do CPP) cabe tão somente ao órgão prolator da decisão, ou seja, ao juiz ou tribunal que decretou a custódia preventiva. 6. Agravo regimental desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [Quinta Turma]. AgRg no RHC 145.629/MG. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgado em 3.8.2021, **DJe** 6 ago. 2021). (Grifo nosso).

Já o Supremo Tribunal Federal possui decisão pelo encaminhamento à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal de caso envolvendo tráfico internacional de drogas, no qual houve a aplicação da minorante do tráfico “privilegiado”. Um dos argumentos utilizados no julgado é que, em sede de alegações finais, o Ministério Público Federal se manifestou favoravelmente ao reconhecimento do tráfico privilegiado:

Habeas corpus. 2. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público obrigação de ofertar acordo em âmbito penal. 3. Se o investigado assim o requerer, o Juízo deverá remeter o caso ao órgão superior do Ministério Público, quando houver recusa por parte do representante no primeiro grau em propor o acordo de não persecução penal, salvo manifesta inadmissibilidade. Interpretação do art. 28-A, § 14, CPP a partir do sistema acusatório e da lógica negocial no processo penal. 4. No caso concreto, em alegações finais, o MP posicionou-se favoravelmente à aplicação do redutor de tráfico privilegiado. Assim, alterou-se o quadro fático, tornando-se potencialmente cabível o instituto negocial. 5. Ordem parcialmente concedida para determinar sejam os autos remetidos à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal, a fim de que aprecie o ato do procurador da República que negou à paciente a oferta de acordo de não persecução penal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Segunda Turma]. HC 194677, Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 11.5.2021, Processo Eletrônico **DJe**-161, divulg. 12.8.2021. Public. 13 ago. 2021).

Em análise às recusas dos órgãos ministeriais em ofertar ANPP em casos como o em tela, há decisões da 2ª Câmara de Coordenação e

Revisão do MPF ponderando a respeito das circunstâncias do delito (quantidade da droga e participação em organização criminosa) e da possível dosimetria da pena, a fim de verificar se a pena atenderia ao requisito objetivo do art. 28-A, isto é, pena mínima de quatro anos:

INCIDENTE DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (LEI N. 11.343/2006, ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO I). RECUSA DO MPF EM OFERECER O ANPP. RECURSO DA DEFESA. APLICAÇÃO DO ART. 28-A, § 14, DO CPP. HIPÓTESE DE NÃO PREENCHIMENTO DE REQUISITO EXIGIDO PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO. PENA MÍNIMA SUPERIOR A 04 ANOS. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Incidente de acordo de não persecução penal instaurado no âmbito de ação penal em que o réu foi denunciado pela prática do crime de tráfico internacional de drogas (Lei n. 11.343/2006, art. 33 c/c art. 40, inciso I).

2. O Procurador da República oficiante deixou de oferecer o ANPP; apresentou os seguintes fundamentos: pena mínima superior a 04 anos; o acordo não é adequado, haja vista não ser necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime; o caso concreto é grave e envolve quantidade relevante de entorpecente de alto poder lesivo e de grande valor de mercado (mais de 07 quilos de cocaína).

3. Interposição de recurso pela defesa e remessa dos autos à 2ª CCR, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP.

4. Na presente hipótese, a denúncia classificou a conduta do réu no art. 33 c/c o art. 40, inciso I, da Lei n. 11.343/2006. A pena mínima cominada ao crime do art. 33 é de 05 anos de reclusão que, acrescida da fração mínima da causa de aumento prevista no art. 40, inciso I (1/6 = 10 meses), totaliza 05 anos e 10 meses. Assim, considerada a classificação jurídica feita na denúncia, observa-se que a pena mínima cominada ao crime supera o limite estabelecido no art. 28-A do CPP (pena mínima inferior a 04 anos).

5. Mesmo que se aplique a causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, no presente caso, o fato de o réu ser primário e não possuir registros de antecedentes criminais não justifica, por si só, a aplicação da referida causa de diminuição em seu patamar máximo, sendo necessário analisar as demais circunstâncias do crime.

6. Segundo consta, o réu foi preso em flagrante delito, em 04 de março de 2021, nas dependências do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, quando estava prestes a embarcar no voo ET 507, da Companhia Ethiopian Airlines, com destino final a Addis Ababa/ Etiópia e escala em Conakry/Guiné, transportando, para fins de comércio ou entrega, de qualquer forma, a consumo próprio ou a terceiros, 7.960g de massa líquida de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar.

7. Conforme entendimento do STJ, "a modulação, na terceira fase dosimétrica, da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, no pátamar mínimo de 1/6 (um sexto), encontra-se devidamente justificada, quando o agente, conquanto primário, sem antecedentes criminais e sem comprovado envolvimento, estável e permanente, com organização criminosa, exerce - na qualidade de 'mula' por esta recrutado - a traficância transnacional" (AgRg no AREsp 1395427/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27.8.2019, DJe 10 set. 2019).

8. Logo, considerando as circunstâncias do caso e o entendimento jurisprudencial acima invocado, a pena mínima do crime imputado ao réu é superior a 04 anos. Precedentes congêneres da 2ª CCR: 1.00.000.012197/2021-15, Sessão de Revisão n. 815, de 15.7.2021; 1.00.000.005928/2021-68, Sessão de Revisão n. 804, de 12.4.2021; 5001594-17.2020.4.03.6119-ANP, Sessão de Revisão n. 772, de 4.6.2020; e 5009813-53.2019.4.03.6119-APN, Sessão de Revisão n. 770, de 25.5.2020, todos à unanimidade.

9. Inviabilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal.

10. Prosseguimento da ação penal.

SESSÃO: 837ª Sessão Revisão-ordinária - 7.2.2022

DELIBERAÇÃO: Em sessão realizada nesta data, o colegiado, à unanimidade, deliberou pela inviabilidade de oferta do acordo de não persecução penal, nos termos do voto do(a) relator(a). (BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão - Criminal. **PA-OUT - 1.00.000.019699/2021-69** – Eletrônico. Relatora: Luiza Cristina Fonseca Frischeisen. 837ª Sessão Revisão-ordinária, Brasília, DF, julgada em 7.2.2022).

ORIGEM: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DE GUARULHOS/SP PROCURADORA OFICIANTE: CRISTINA NASCIMENTO DE MELO. RELATORA: LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN. RÉU PRESO. INCIDENTE DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (LEI 11.343/2006, ART. 33 C/C ART. 40, I). RECUSA DO MPF EM OFERECER O ANPP. RECURSO DA DEFESA. APLICAÇÃO DO ART. 28-A, § 14, DO CPP. HIPÓTESE DE NÃO PREENCHIMENTO DE REQUISITO EXIGIDO PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO. PENA MÍNIMA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Incidente de acordo de não persecução penal instaurado no âmbito de ação penal proposta em desfavor de denunciada "O.O." pela prática do crime de tráfico internacional de drogas (art. 33, "caput", c.c. art. 40, I, da Lei 11.343/2006).

2. A Procuradora da República deixou de oferecer o acordo, consignando que não é cabível ANPP no crime em questão, por considerar que o instrumento não é suficiente para a reprovação e prevenção do delito. Além disso, o crime praticado possui pena mínima superior a 4 anos, havendo elementos probatórios indicando conduta reiterada ou profissional no transporte de drogas, associada à prestação de serviços à organização criminosa voltada ao tráfico internacional.

3. O Juízo da 2ª Vara Federal de Guarulhos/SP recebeu a denúncia oferecida pelo MPF, entendendo que a recusa no oferecimento do ANPP está fundada no desatendimento de requisitos objetivos.

4. Interposição de recurso pela defesa e remessa dos autos à 2ª CCR, com fundamento no art. 28-A, § 14, do CPP. Em síntese, o Defensor assevera que deverá ser aplicada à ré a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo (2/3), o que implicaria em uma pena mínima inferior a 4 anos.

5. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

6. Contudo, o fato da ré ser primária e não possuir registros de antecedentes criminais não justifica, por si só, a aplicação da causa de diminuição pretendida em seu patamar máximo, sendo necessário analisar as demais circunstâncias do crime.

7. Segundo consta dos autos, a ré foi presa em flagrante delito no dia 21 de outubro de 2021 ao tentar embarcar em voo com destino final em Conakry/Guiné perfazendo escala em Addis Ababa/Etiópia, transportando 8.918 g de cocaína. Ademais, como ressaltado pela Procuradora oficiante, “há elementos probatórios indicando conduta reiterada ou profissional no transporte de drogas (movimentos migratórios), denotando a prestação de serviços à organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas”. Na decisão de recebimento da denúncia, o Magistrado destaca a existência de viagens anteriores inexplicadas e incompatíveis com a condição econômica da investigada.

8. Conforme entendimento do STJ, “a modulação, na terceira fase dosimétrica, da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), encontra-se devidamente justificada, quando o agente, conquanto primário, sem antecedentes criminais e sem comprovado envolvimento, estável e permanente, com organização criminosa, exerce – na qualidade de ‘mula’ por esta recrutado – a traficância transnacional” (AgRg no AREsp 1395427/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 10 set. 2019).

9. Inaplicabilidade do instituto do acordo de não persecução penal, tendo em vista que a pena mínima do crime imputado ao réu na denúncia é superior a 4 (quatro) anos, em razão das circunstâncias do caso concreto. Hipótese de não preenchimento de requisito previsto no art. 28-A do CPP.

10. Precedentes congêneres da 2ª CCR: JF-GRU-5001540-17.2021.4.03.6119-APN, 808ª Sessão de Revisão, de 12.5.2021; JF/SP-0010739-98.2017.4.03.6181-APORD, 803ª Sessão de Revisão, de 22.3.2021; 5001594-17.2020.4.03.6119-ANP, 772ª Sessão de Revisão, de 4.6.2020; 5009813-53.2019.4.03.6119-APN, 770ª Sessão de Revisão, de 25.5.2020, todos unânimes.

11. Prosseguimento da ação penal. (BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão - Criminal. **Procedimento JF-GRU-5009177-19.2021.4.03.6119-APORD**. Voto n. 669/2022. Relatora: Luiza Cristina Fonseca Frischeisen. Brasília, DF, julgado em 10.2.2022).

Diante dos precedentes supracitados, verifica-se que a legislação processual penal relativa ao ANPP permite diferentes interpretações, sobretudo em relação às cláusulas abertas que indicam a necessária análise casuística para a oferta do benefício. E, acredita-se que

propositalmente, é o caminho acertado seguido pelo legislador, visto que o ANPP é mecanismo de justiça consensual, sendo necessária a verificação das circunstâncias do crime a fim de que o acordo atenda, minimamente, aos fins de reprovação e prevenção do delito.

Esse é o caso do tráfico internacional de drogas. A gravidade do delito não deve ser visualizada de maneira genérica como óbice à oferta do acordo de não persecução; as circunstâncias do crime (quantidade de droga, indícios de participação em organização criminosa) bem como os antecedentes do investigado precisam ser considerados, havendo o balizamento entre a majorante da internacionalidade do tráfico e a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, assim como vem fazendo a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF quando das decisões nos incidentes de acordo de não persecução penal.

4 Considerações finais

A noção de eficiência processual deve ser vista a partir de um processo que atinja os resultados mais proveitosos com os menores custos para as pessoas nele envolvidas, bem como para a sociedade. Nesse sentido, o acordo de não persecução penal vem se consolidando como importante instrumento de transformação do modelo tradicional de processo penal brasileiro.

Com o instituto surgem inevitáveis debates acerca de sua aplicação prática, e um deles é justamente a (im)possibilidade de oferta de ANPP quando da prática do delito de tráfico internacional com o eventual reconhecimento do tráfico privilegiado, mote do presente artigo.

Conforme verificado no decorrer da pesquisa, o embate jurisprudencial é gerado a partir das possíveis interpretações apresentadas pela nova legislação (art. 28-A do CPP) e das necessárias cláusulas abertas que possibilitam uma análise casuística acerca da aplicação do instituto.

Considerando que o entendimento consolidado nas cortes superiores é de que o acordo de persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo órgão ministerial de acordo com as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal – tanto que a redação do art. 28-A do CPP

preceitua que o Ministério Público poderá, e não deverá, propor ou não o referido acordo, na medida em que é o titular absoluto da ação penal pública –, conclui-se que a oferta de ANPP em casos de tráfico internacional é possível, devendo ser balizada pelo órgão ministerial diante das circunstâncias do delito.

Referências

ALMEIDA, Marco Antonio Delfino de; NASCIMENTO, Laíze Rodrigues. *Justiça penal consensual e o processo penal brasileiro. Âmbito Jurídico*, São Paulo, v. 200, set. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/justica-penal-consensual-e-o-processo-penal-brasileiro/>. Acesso em: 20 maio 2020.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: JusPodivm, 2019.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.964%2C%20DE%2024%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202019&text=Aperfei%C3%A7oa%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e,legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20processual%20penal. Acesso em: 7 mar. 2022.

CARRARA, Francesco. **Programa del Curso de Derecho Criminal**: parte geral. [S. l.]: Editorial Jurídica Continental, 2000.

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches *et al.* **Acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2019.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LEIVA, Mariana Murad; SMANIO, Gianluca Martins. 'Pacote anticrime' e o aumento dos espaços de consenso no processo penal. **Jota**, São Paulo, 7 fev. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pacote-anticrime-e-o-aumento-dos-espacos-de-consenso-no-processo-penal-07022020>. Acesso em: 20 mar. 2022.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** – Direitos fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. tomo IV.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. Solução consensual de conflitos penais no Brasil. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 73, maio/jun. 2012. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79125053.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2022.

Teoria do domínio do fato e responsabilidade penal dos diretores de empresas na criminalidade econômica

André da Silva Santos

Assessor da Procuradoria da República em Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Resumo: O artigo apresenta os critérios de delimitação da autoria expostos pela teoria do domínio do fato, com base na tradução para o espanhol da sétima edição da obra *Autoria e domínio do fato*, de Claus Roxin, para, em seguida, investigar se os critérios do domínio do fato podem ser aplicados na delimitação da autoria nos crimes empresariais. A criminalidade cometida por meio da organização empresarial complexa, caracterizada pela intensa divisão de tarefas, por vezes, apresenta alto grau de dificuldade de imputação de responsabilidade penal, principalmente nos casos em que um diretor ordena a prática de um fato criminoso, sem, contudo, praticar atos executivos. Nesse contexto se investiga se a teoria do domínio do fato, conhecida em maior medida no Brasil em razão do julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal (“Mensalão”), pode, de fato, ser aplicada ao Direito Penal brasileiro e conduzir à autoria do diretor que se limita a oferecer uma contribuição na fase preparatória do delito.

Palavras-chave: teoria do domínio do fato; responsabilidade penal; autoria; crimes empresariais.

Sumário: 1 Introdução. 2 Critérios de diferenciação entre autor e partícipe. 2.1 Os critérios do domínio do fato. 3 O domínio do fato na criminalidade empresarial. 3.1 Responsabilidade penal dos diretores de empresas na criminalidade econômica. 4 Conclusão.

1 Introdução

A criminalidade econômica trouxe vários desafios para a dogmática penal. Entre eles está o da delimitação da autoria no âmbito de organizações empresariais complexas, nas quais, geralmente, o fato criminoso se dilui entre estruturas altamente especializadas.

As condutas cometidas no âmbito de uma estrutura empresarial complexa, como as grandes multinacionais, são, sobremaneira, de árdua delimitação, especialmente em organizações altamente especializadas, divididas em vários setores, com a presença de vários funcionários, das mais variadas funções.

A dificuldade de delimitação da autoria nesse contexto ocorre porque geralmente os crimes são cometidos por um conjunto de sujeitos, com graus diferenciados de poder e de informação. Nem todos têm as mesmas informações e nem todos têm conhecimento e especialidade suficientes para praticar determinados crimes, que possam exigir qualidades especiais do agente.

Nesse contexto, a criminalidade econômica praticada por meio de estruturas empresariais complexas tem sido foco de disputas doutrinárias, desde aquelas que negam a necessidade de atuação do Direito Penal nessa área, até as que defendem a ampliação da responsabilidade penal, inclusive para as pessoas jurídicas.

A par da disputa doutrinária, certo é que os avanços legislativos na área, principalmente após a Constituição da República de 1988, que ordena a intervenção do Estado na ordem econômica como agente regulador, e a participação do Brasil em foros internacionais de prevenção e repressão da criminalidade econômica reforçaram a necessidade de tipificação e combate a esses crimes.

Nesse âmbito, principalmente após a utilização da teoria do domínio do fato pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Penal 470, com possível expansão para outros tribunais e juízos de primeiro grau, oportuno investigar seu real significado e alcance para o Direito Penal brasileiro e para o sistema de delimitação da autoria na criminalidade econômica cometida por meio de organizações empresariais complexas.

Dessa forma, necessário verificar se uma teoria desenvolvida no Direito Penal alemão por Claus Roxin, em 1963, como forma de se contrapor às teorias da autoria vigentes à época, pode ser igualmente aceita no sistema penal brasileiro e, se aceita, ser aplicada para a criminalidade econômica cometida por meio de organizações empresariais complexas.

2 Critérios de diferenciação entre autor e partícipe

O crime pode ser praticado por um único indivíduo ou por vários em concurso eventual. Nesse último caso, surgem as discussões sobre autoria e participação. Há sistemas penais que não diferenciam autor de partícipe, de modo a se construir um sistema extensivo de autoria, em que todos os atores da conduta delituosa são seus autores; enquanto em sistemas restritivos se diferenciam, a partir de distintos critérios, quem seria autor e quem seria partícipe.

Neste artigo interessa o estudo dos sistemas restritivos de autoria, ou seja, daqueles em que se estabelecem critérios para distinguir autor de partícipe, como é o sistema do domínio do fato de Roxin. Antes, contudo, de apresentar o sistema de Roxin, cumpre relembrar rapidamente os principais sistemas restritivos de autoria vigentes na época em que o autor alemão desenvolveu sua teoria: o sistema formal-objetivo, o material-objetivo e o subjetivo.

Numa perspectiva formal-objetiva, autor seria quem realiza, com a própria conduta, o tipo penal, enquanto partícipe seria aquele que não executa o tipo, mas oferece uma conduta acessória ou marginal ao curso causal. A contribuição do partícipe, por não realizar o tipo, seria impune, caso não houvesse a norma de extensão do concurso de pessoas.

Numa perspectiva material-objetiva, "a distinção entre autoria e participação deveria ser pesquisada sob o prisma da diferença de eficiência ou relevância causal das respectivas condutas" (BATISTA, 2008, p. 65), enquanto pela perspectiva subjetiva a diferença se daria no âmbito da vontade: aquele que atua com vontade de autor (*animus auctoris*), que considera o crime como obra sua, e aquele que atua com vontade de partícipe (*animus socii*), que contribui para o crime sem considerá-lo obra própria.

2.1 Os critérios do domínio do fato

Numa perspectiva do domínio do fato,^[1] autor seria aquele que ocupa posição central no acontecer típico. “O autor, o coautor e o autor mediato são as figuras principais do evento; o indutor e o cúmplice estão nas margens” (ROXIN, 2000, p. 45), havendo punição das formas de participação (instigação e cumplicidade) se existir uma norma extensiva da punibilidade.

A partir dessa premissa, firma-se a concepção de que o autor é a figura central do acontecimento típico, enquanto o partícipe, embora ofereça uma conduta acessória ao fato, não protagoniza sua execução. Desse modo, Roxin pretende oferecer soluções ao problema da autoria, ou seja, determinar, a partir do domínio do fato, em suas várias modalidades, quem seria autor do crime e quem seria partícipe. Segundo ele, a autoria pode se fundamentar no domínio da ação, em que há a autoria direta, no domínio da vontade, em que se manifestam as formas da autoria mediata, ou no domínio funcional do fato, terreno da coautoria.

2.1.1 Domínio da ação

No campo do domínio da ação, autor é aquele que empreende pessoalmente a conduta, isto é, quem realiza todos os elementos do tipo. De modo similar ao critério formal-objetivo, autor é quem, por sua própria conduta, comete o crime (autoria direta ou imediata). Nas palavras de Roxin:

Neste grupo de casos é relativamente fácil prever o resultado: quem, não coagido e de forma livre e independente, realiza todos os elementos do tipo de própria mão, é autor. Em todos os casos imagináveis tem o domínio do fato. Trata-se aqui do protótipo da autoria, da manifestação mais evidente da figura central, de um caso em que coincidem inquestionavelmente a “concepção natural da vida” e a valoração do legislador. Não se pode dominar um fato de maneira mais clara do que quando é feito por si mesmo; não se pode manter nas próprias mãos de modo mais firme do que quando se atua diretamente [...] na determinação da autoria: para o fato, tal como aparece na forma do domínio da ação, aquele que executa por completo, livremente e de própria mão, segue sendo a figura central dominante. É aí que reside o conteúdo de verdade imperecível da teoria objetivo-formal.^[2] (ROXIN, 2000, p. 151-152).

Esse é o critério mais intuitivo de todos, uma vez que é usual concluir ser o autor de um homicídio aquele que deferiu a punhalada fatal na vítima, assim como é autor de um furto aquele que subtrai a coisa alheia móvel, pois realizam, por meio de suas próprias condutas, todos os elementos do tipo penal.

2.1.2 Domínio da vontade

Em outro grupo de casos, o autor pode ser aquele que não pratica atos executivos. Para isso, aquele que não executa o delito, chamado de homem de trás, deve submeter a vontade de um terceiro a seus desígnios. Para tanto, o homem de trás deve se valer de coação ou de uma situação de erro do terceiro ou, ainda, se valer de um executor inimputável. Esses são os casos clássicos de autoria mediata: a prática do fato pelo domínio da vontade de um terceiro, mediante a submissão da capacidade de ação alheia.

O autor mediato (homem de trás) domina o fato porque domina a vontade de alguém, seja por meio de erro, coação ou utilização de um inimputável. A circunstância de não praticar atos executivos não lhe retira a condição de autor, pois “em virtude de seu conhecimento mais amplo sobre o significado social do evento ele capta com mais profundidade o sentido de sucesso da ação”^[3] (ROXIN, 2000, p. 258). E quem executa o crime não será punido, uma vez que atua sem dolo.

Nessa hipótese, o executor não atua com dolo, enquanto o homem de trás será punido como autor do crime, a título de autoria indireta ou mediata, uma vez que “o domínio da vontade sobre o titular do domínio da ação fundamenta o domínio do fato”^[4] (ROXIN, 2000, p. 67). Em outras palavras, o autor mediato realiza o tipo penal por meio de um terceiro instrumentalizado.

2.1.3 Domínio do aparato organizado de poder

Num segundo grupo de casos de autoria mediata o executor atua de forma completamente responsável, sem que haja coação ou erro, mas via uma organização ou aparato organizado de poder, desde que haja (I) uma estrutura verticalmente hierarquizada, (II) a atuar fora do ordenamento jurídico e (III) com fungibilidade dos executores.

A construção do domínio do fato pelo domínio da organização, ou dos aparatos organizados de poder, foi utilizada no julgamento de Adolf Eichmann em Jerusalém, integrante do regime nazista de Hitler; pelo Superior Tribunal Federal alemão, pela primeira vez, em 1994, na condenação de ex-integrantes do Conselho de Defesa Nacional da República Democrática da Alemanha,^[5] bem como por tribunais da Argentina (ditadura militar)^[6] e do Peru (caso Alberto Fujimori), além do Tribunal Penal Internacional.

Segundo Roxin:

O cerne do meu pensamento consistia em que, partindo-se do domínio do fato como critério decisivo para a autoria, haveria apenas três formas típicas ideais, nas quais se poderia dominar um acontecimento sem que o autor estivesse presente no momento da execução: pode-se coagir o executor, enganá-lo ou (e essa era a ideia nova) dar ordens através de um aparato de poder que garanta a execução do comando, mesmo sem coação ou engano, uma vez que o aparato enquanto tal assegura a execução do fato. Aquele que ordena tem condições de renunciar à coação ou ao engano do autor imediato, isto porque, no caso de este não cumprir o comando, o aparato dispõe, suficientemente, de outros indivíduos para assumir a função de executor. Em razão disso, é também característico, nessa forma de autoria mediata, que o homem de trás frequentemente nem sequer conheça pessoalmente o executor imediato. O exemplo histórico que esteve diante de meus olhos no desenvolvimento desta forma de autoria mediata foi o domínio nacional-socialista da violência. Quando Hitler, Himmler ou Eichmann (que fora processado, em 1961, na cidade de Jerusalém) deram ordens de matar, podiam estar seguros de sua execução, pois, diferentemente de uma instigação, a eventual recusa de algum exortado, na execução da ordem, seria incapaz de fazer com que o fato ordenado não fosse levado a cabo. Neste contexto, o comando seria cumprido por outra pessoa que tem, em suas mãos, a alavanca de controle do aparato de poder, independentemente do grau hierárquico, e, através de uma instrução, pode dar origem a fatos penais, nos quais não importa a individualidade do executante. (ROXIN, 2008, p. 323-324).

Roxin inova ao construir uma forma de autoria mediata em que o executor atua de modo plenamente responsável, inexistindo coação ou erro. Para tanto, para que o autor mediato tenha a certeza do cumprimento de sua ordem, exige-se um rígido sistema hierárquico numa estrutura apartada da ordem jurídica.

E mais, para que se tenha a certeza do cumprimento da ordem, é preciso haver a fungibilidade do executor, ou melhor, estar diante de uma estrutura voltada para o crime, em que os integrantes da linha de frente da organização possam ser livremente trocados, caso um deles se recuse a cumprir a ordem. Isso cria um grau de impessoalidade entre o responsável pela ordem e o executor, uma vez que ele pode ser substituído por outro, o que denota uma verdadeira "substitutibilidade ilimitada do autor imediato" (ROXIN, 2008, p. 324), de modo que os executores são homens "intercambiáveis e anônimos" (DUTRA, 2011, p. 224).

Esses elementos permitem que a organização funcione automaticamente; isso porque numa estrutura apartada do ordenamento jurídico, extremamente verticalizada, em que, caso não se execute a ordem, haverá a pronta substituição do executor, provavelmente se garantirá o sucesso do plano do autor mediato, que nesse caso não precisará se valer de coação ou erro para a realização do tipo penal.

2.1.4 Domínio funcional do fato

A seu turno, em um último grupo de casos, a empreitada criminosa pode ser direcionada conscientemente em divisão de tarefas. Nessa situação, o domínio do fato se expressa pelo domínio funcional do fato, que exige um liame subjetivo entre os autores, seja por um ajuste prévio, seja pela consciência de ação em conjunto.^[7] A coautoria, traduzindo-se na decisão comum de realizar o tipo, fundamenta, portanto, a responsabilidade de todos os intervenientes no fato a título de autor.

O domínio do fato também decorre da divisão de tarefas. Assim, quem desfere socos numa vítima e, do mesmo modo, um segundo que a imobiliza e um terceiro que a apunhala dominam o fato por contribuírem, na fase executiva do delito, com condutas parciais, que, no todo, levaram ao sucesso, ou seja, à morte da vítima.

O coautor assume uma parcela do trabalho comum, que possibilita a realização do acontecimento mediante sua parte no plano global, pois "o domínio completo reside nas mãos de vários, de maneira que eles só podem atuar em conjunto, tendo assim cada um deles em suas mãos o destino global do fato"^[8] (ROXIN, 2000, p. 307-308).

Frisa-se a necessidade da cooperação na fase executiva. Se o autor é o centro do acontecer delitivo, quem não realiza o fato mas apenas o induz ou oferece uma contribuição periférica não é autor, mas participe. Caso contrário, as formas de autoria e participação se confundiriam.

Numa conclusão parcial, pelo que foi visto até agora, autor é quem realiza com as próprias mãos os atos executivos do delito (domínio da ação), quem controla a vontade do homem da frente por meio de erro ou coação (domínio da vontade), quem executa cooperativamente o crime (domínio funcional do fato) e, ainda, quem comanda um aparato organizado de poder.

3 O domínio do fato na criminalidade empresarial

Apresentadas as principais premissas da teoria do domínio do fato de Roxin, cabe analisar se seus postulados contêm novos critérios para delimitação da autoria nos crimes empresariais, naqueles casos em que gerentes e administradores emitem ordens para seus subordinados praticarem crimes.

Primeiramente, tal discussão faz sentido em organizações empresariais complexas, tendo em vista que em uma sociedade limitada familiar composta por dois cônjuges, em que apenas um deles administra a sociedade, provavelmente não surgem problemas de responsabilidade penal.^[9]

Entretanto, quando se parte para estruturas empresariais complexas, em que há uma recorrente especialização de funções, com a presença de vários departamentos, diretores, gerentes e empregados dos mais diversos níveis intelectuais, aparecem os problemas.

Nesse contexto empresarial complexo, a que título responderia aquele que não executa o crime, mas dá a ordem para a realização do fato típico? Haveria apenas induzimento ou seria uma espécie de autoria mediata fundada no domínio de um aparato organizado de poder?

Não se pode, entretanto, partir para a discussão da aplicabilidade ou não do domínio do fato à criminalidade empresarial, sem antes discutir se o nosso Código Penal poderia conviver com os critérios do domínio do fato.

Segundo o art. 29 do Código Penal, "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade". Concorrer para o crime significaria interferir num processo causal de forma a criar uma condição para a realização do tipo, nos termos da teoria da equivalência das condições (art. 13, CP).

Isso levaria à constatação de que o Código Penal brasileiro não diferenciaria, a princípio, autor de partícipe, uma vez que todo aquele que de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas. Logo, a lei penal brasileira adotaria o conceito extensivo de autor, visto que todo aquele que concorre para o crime realiza o tipo penal, pois:

O direito penal brasileiro parte de um sistema unitário de autor. Todos aqueles que concorrem para o delito são punidos a partir do mesmo marco penal, e sequer na determinação judicial da pena há distinção clara e precisa entre autoria e participação [...] O tribunal, nos termos do art. 29 em conjunto com o art. 13 CP, deve apenas verificar se existe um liame causal entre uma ação e uma omissão e um resultado; nesse caso, já se terá um autor do delito. Para a tipicidade da ação ou omissão não importa se a contribuição que causou o resultado se deu imediata ou mediadamente, noutras palavras, se ela ocorreu sem ou com a intervenção de uma ulterior ação de um terceiro. As diferenças entre as contribuições individuais são, no máximo, questões a serem enfrentadas na determinação judicial da pena. (GRECO; LEITE, 2015, p. 388-389).

Num sistema puramente causal, se toda ação importa para a consumação do crime, não seria possível distinguir autor de partícipe, pois nenhuma conduta seria acessória; logo, todos os intervenientes do curso causal seriam autores do crime, daí o conceito extensivo de autor.

O que o Código fez foi relegar a autoria ao campo da punibilidade, ou seja, como uma questão de dosimetria da pena. Assim, criou a figura da participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP), da participação em crime de menor gravidade (art. 29, § 2º, CP), bem como as agravantes no concurso de pessoas para aquele que promove, organiza ou dirige a atividade dos demais participantes (art. 62, I, CP), coage ou induz alguém à execução do crime (art. 62, II, CP), ordena a prática a quem está sob sua autoridade ou se utiliza de inimputável para praticar o delito (art. 62, III, CP).

Em sentido oposto ao que propõe o art. 29 do Código Penal brasileiro, a teoria do domínio do fato serve para distinguir autor de partícipe – filiando-se ao conceito restritivo de autor –, tendo em vista que Roxin a desenvolveu com base no Código Penal alemão, que faz expressamente essa discriminação.

Apesar de, a princípio, adotar um conceito extensivo de autor ou, na linha da doutrina brasileira, a teoria monística temperada,^[10] não existiria, para Nilo Batista, Luís Greco e Alaor Leite,^[11] nenhum obstáculo teórico para a importação da teoria do domínio do fato no Direito Penal brasileiro, a fim de se diferenciar autor de partícipe nos crimes comissivos dolosos.

Ademais, após a reforma da parte geral do Código em 1984, a doutrina brasileira procura apresentar critérios para diferenciar autor de partícipe, o que demonstra o apreço da dogmática por um sistema restritivo de autoria.

3.1 Responsabilidade penal dos diretores de empresas na criminalidade econômica

Imaginemos uma situação na qual o diretor de uma empresa determina a dois funcionários da pessoa jurídica que prestem informações falsas à Receita Federal a fim de sonegar imposto de renda, conduta tipificada pelo art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990.

Esse tipo de situação representa o ponto central de dificuldade de delimitação da autoria, principalmente quando se constata que o diretor nada faz além de dar a ordem. Nessa modalidade criminosa, parece lógica a imputação do delito aos funcionários na condição de autores, já que realizam os elementos do tipo por suas próprias condutas. Entretanto, se o diretor, situado hierarquicamente acima deles, não o tivesse ordenado, nada teria acontecido.

Nesse caso, para fins de contextualização, a conduta do diretor (homem de trás) limita-se a ordenar a prática da ação delituosa, enquanto a execução cabe aos dois funcionários (homens da frente), hierarquicamente subordinados ao diretor, portanto, numa típica estrutura de comando em que alguém ordena e outro executa a ordem. Os

funcionários não estão em erro, atuam de forma plenamente responsável, com consciência do injusto.

Nessa situação, caso se aplique o domínio do fato como domínio da ação, o diretor será partícipe, enquanto os funcionários, por executarem de própria mão o crime, por deterem o controle da ação, serão autores. O diretor não realiza o tipo penal, apenas dá a ordem para a prática, ou seja, funciona como um instigador. Quem se limita a ordenar, portanto, a instigar, nunca poderia ser autor, pois nada realiza na fase executiva do delito.

Não se poderia falar em domínio funcional (coautoria), pois estaria ausente a resolução comum do fato, bem como a execução comum da empreitada. Deve haver um vínculo subjetivo, via ajuste prévio ou consciência de atuar em conjunto, e um vínculo de ordem objetiva, isto é, a execução conjunta do crime. O diretor não pratica atos executivos, apenas ordena a prática do crime, nem tem domínio sobre o que os funcionários irão realizar.

No domínio funcional, os agentes atuam em igualdade de condições, num mesmo plano horizontal, logo a necessidade da resolução e execução conjunta do plano delitivo.^[12]

No exemplo, frisa-se, está-se diante de uma estrutura vertical, o diretor em posto mais alto da organização empresarial e os funcionários em posição hierarquicamente inferior. Não há uma resolução comum de realização do tipo.^[13] O diretor pode, inclusive, nem saber qual dos funcionários irá executar a ordem, o que afasta, por completo, uma combinação em comum para a prática do delito.

Prosseguindo, haveria uma proximidade entre a autoria mediata e o exemplo dado, pois nela há uma relação vertical entre os participantes do crime: um dá a ordem, enquanto outro a executa. Entretanto, o domínio do fato pelo domínio da vontade exige a instrumentalização do executor do crime, que atua sem dolo, sem consciência do injusto. Para que isso ocorra, é necessário que o autor se valha de coação ou de uma ordem em uma estrutura hierárquica (art. 22, CP); ou coloque o instrumento em erro (art. 20, § 2º, CP); ou, ainda, de um executor inimputável (arts. 26 e 27, CP).

No exemplo dado, os executores sabiam da prática criminosa, entenderam que estavam a praticar um crime; portanto, há a consciência do injusto, com o que não se pode falar em autoria mediata do diretor, uma vez que os funcionários não foram utilizados como instrumentos para a prática do crime.

Em uma conclusão parcial, o diretor seria partícipe (instigador) no esquema do domínio da ação. Em relação ao domínio da vontade, falta a instrumentalização do executor. A seu turno, não haveria domínio funcional do fato ou coautoria, pois não houve planejamento nem execução conjunta do fato, frisa-se, o diretor apenas deu a ordem, não discutiu a prática do crime com os funcionários nem executou conjuntamente com eles o fato.

Restaria, portanto, analisar se o diretor poderia ser autor mediato do crime por dominar um aparato organizado de poder.

Na empresa, há uma "hierarquia das funções" (SOUZA, 2015, p. 812). Talvez por isso, intuitivamente, possa-se imaginar o diretor como autor do crime, mesmo sem praticar atos executivos, porque ele está no topo da organização empresarial; portanto, deveria ser responsabilizado a título de autor pelo crime que ordenou fosse praticado.

Como a estrutura empresarial complexa traduz uma ideia de verticalidade, o diretor poderia ordenar e o funcionário obedecer. Entretanto, não basta, para se dominar o fato por meio de um aparato organizado de poder, a verticalidade da estrutura. É preciso ainda a atuação fora do ordenamento jurídico e a fungibilidade dos executores.

A empresa não é uma estrutura dissociada do Direito. Até onde se sabe, a atividade empresarial deve ter objeto lícito, não sendo exercida exclusivamente para praticar crimes como ocorre em uma estrutura mafiosa. A prática de crimes na empresa é, em regra, eventual, uma vez que nenhuma empresa pode ter como objeto social a prática de delitos.

Apesar de a empresa não ser uma organização dissociada do Direito:

Quem quer aplicar a construção a empresas começa, em geral, por negar a necessidade desse requisito [desvinculação da ordem jurídica], para com isso aplicar essa forma de autoria mediata a toda organização verticalmente estruturada e com executores fungíveis.

Roxin, desde sua primeira manifestação até a última, e Schünemann insistem nesse critério. Apenas organizações de natureza criminosas, que se encontrem, nesse sentido, *dissociadas, apartadas da ordem jurídica*, como máfias, grupos terroristas ou ditaduras, conferem ao superior que emite ordens o domínio sobre a atuação concreta e responsável dos executores de suas ordens. [...] O fundamento da autoria mediata por domínio da organização não repousaria, assim, em um cru poder de mando, mas no funcionamento 'clandestino', na conformação completamente apartada da ordem jurídica. (GRECO; LEITE, 2014, p. 29, grifos do original).

Entretanto, apesar da aplicação dos aparatos organizados de poder à realidade dos crimes empresariais, Roxin continua a defender a necessidade da atuação dissociada do Direito para que se esteja diante de um aparato organizado de poder. A atuação fora do Direito certamente garantiria a execução da ordem do homem de trás, tendo em vista ser "o atuante imediato [homem da frente ou executor] apenas uma roldana substituível dentro das engrenagens do aparato de poder" (ROXIN, 2008, p. 324).

Certamente a confiança do homem de trás só seria possível numa organização fora do Direito, a exemplo das organizações criminosas. Nesses casos, a estrutura é montada para a prática de crimes, ou seja, quem integra o aparato organizado sabe para o que está ali. Talvez por isso se saiba que a ordem será executada, e, caso não seja, o homem da frente será facilmente substituído por outro para que a organização criminosas continue a operar.

Além disso, é de se esperar que o funcionário, desprovido do estado de erro ou não coagido, não cumpra a ordem manifestamente ilegal do diretor. Essa recusa afasta a automática execução da ordem, e, se há a recusa ou, pelo menos, a possibilidade dela, se esvai a confiança do diretor (homem de trás). Portanto, a imputação, a título de autor, do diretor que ordena a prática da sonegação fiscal, por haver o domínio de um aparato organizado de poder, não se sustentaria.

Outro argumento contrário é que, em muitos casos, faltaria a funcionalidade do executor. Caso se imagine uma organização empresarial complexa, infere-se que determinados crimes, como a sonegação fiscal, só poderiam ser praticados pelos funcionários do setor ligado às finanças da organização empresarial. Roxin reconhece esse obstáculo:

[...] contra o domínio da organização, contesta-se que ele inexistente em ações não substituíveis, portanto, indispensáveis, noutras palavras, quando para o sucesso do plano delitivo necessite-se de especialistas decisivos. De fato, isso é correto. Quando o serviço secreto de um regime político criminoso ou o cabeça de uma organização terrorista escolhe para o atentado uma pessoa, alguém que é o único a dispor de *know-how* necessário para a execução do crime ou aquele único que tem acesso à vítima, então, nestas hipóteses inexistente autoria mediata, mas, sim, instigação. (ROXIN, 2008, p. 330).

Provavelmente todo o conhecimento para se fraudar um documento com o intuito de não pagar tributo estaria apenas com os funcionários do setor financeiro da empresa. Então o diretor não poderia confiar na execução de sua ordem por qualquer de seus subordinados, mas apenas pelos do setor financeiro, e, além disso, dentro desse setor pode haver ainda mais especialização, de modo que o crime pudesse ser cometido apenas pelo chefe do setor. Logo, estaria ausente a fungibilidade do executor.

Constata-se que na organização empresarial complexa há uma divisão altamente especializada no trabalho no plano horizontal, aliada a uma hierarquia em nível vertical, o que torna singular a prática de crimes nesse ambiente. Nesse sentido, torna-se insustentável a aplicação do domínio de um aparato organizado de poder a fim de se imputar autoria ao diretor, tendo em vista que a teoria trata a questão apenas sob o ponto de vista de uma estrutura hierarquizada, portanto, apenas no plano vertical, sem realizar investigação sobre a divisão de tarefas no plano horizontal.

A estrutura de aplicação do domínio do fato por meio de um aparato organizado de poder exige, desse modo, uma estrutura rigidamente hierarquizada em que os executores possam ser substituídos como peças de uma engrenagem a fim de garantir a confiança do autor de escritório (homem de trás).^[14]

Ademais, frisa-se, no contexto empresarial, em que não estamos diante de uma estrutura fora do Direito, é de se imaginar que uma ordem manifestamente ilícita não seja cumprida.

Fica evidente que Roxin não desenvolveu o domínio da organização “para resolver problemas político-criminais colocados por estruturas

empresariais, mas sim outro tipo de questões (crimes de Estado ou cobertos pelo Estado, grandes organizações criminosas)" (FEIJOO SANCHEZ, 2012, p. 32).

O diretor que apenas ordena a prática do delito, segundo a teoria de Roxin, seria considerado partícipe, mas não um autor, pois não realizou o tipo penal com as próprias mãos (domínio da ação), não se utilizou de seus funcionários em erro (domínio da vontade), não planejou e executou em conjunto o fato com seus subordinados (domínio funcional do fato) nem se utilizou de um aparato organizado de poder.^[15]

Desse modo, a teoria do domínio do fato não conduz a uma responsabilidade pura e simples do homem de trás a título de autoria. O diretor não será considerado autor do fato apenas por ocupar uma posição superior na organização empresarial.^[16]

Salienta-se, "a teoria do domínio do fato distingue autor de partícipe no plano do tipo, e não do grau de reprovação ou no merecimento de pena dos intervenientes" (LEITE, 2014, p. 137). Isso quer dizer que os parâmetros do domínio do fato são analisados com base na contribuição do interveniente para a realização do tipo, sendo o autor a figura central do fato.

Os critérios do domínio do fato podem até incidir, mas não de modo inédito ou como forma de solucionar a atribuição de responsabilidade penal em organizações empresariais complexas, onde "predomina[m] a divisão de funções no plano horizontal e a relação hierárquica no plano vertical" (MUÑOZ CONDE, 2002, p. 75).

No caso do domínio da ação, a teoria pouco acrescentaria, tendo em vista que, com ou sem ela, o diretor seria responsabilizado pelo fato, já que executa, de própria mão, todos os elementos do tipo. No caso do domínio da vontade, também o nosso Código Penal prevê a responsabilidade daquele que se utilizou de um terceiro em erro.

O domínio funcional exigiria uma resolução e execução conjuntas, o que poderia, num contexto de uma organização empresarial complexa, ser de pouca observação, já que o diretor e os funcionários poderiam ficar muito afastados na estrutura da empresa, de modo a dificultar uma resolução e execução conjuntas do tipo penal. Por fim,

adaptar a estrutura empresarial à teoria do aparato organizado de poder é uma difícil tarefa, repudiada pelo próprio Roxin.^[17]

4 Conclusão

A teoria do domínio do fato não foi criada com a pretensão de se aplicar a todos os casos. Na verdade, destina-se aos crimes que não oferecem um critério seguro para a distinção entre autor e partícipe, ou seja, os delitos comissivos dolosos que podem ser praticados por qualquer pessoa, os chamados crimes comuns, em oposição aos crimes próprios ou de dever, em que o tipo exige uma condição especial do autor.

Nos crimes próprios ou de dever, deverá identificar-se o titular do dever imposto pela norma; a exemplo do diretor ou gerente da empresa no crime de gestão temerária, ou do funcionário público no peculato. Nos delitos culposos, o critério seria a violação a uma norma geral de cuidado, na forma do art. 18, II, do Código Penal. A seu turno, nos delitos omissivos, é preciso investigar, por exemplo, se o agente tinha o dever de garante, expresso em alguma das condições do art. 13, § 2º, do Código Penal.

O domínio do fato, portanto, tem incidência nos crimes comuns, o que afasta sua aplicação em crimes empresariais nos quais se exige uma condição especial do agente ou nos crimes omissivos. Isso demonstra não ser a teoria do domínio do fato uma espécie de salvação para o problema.

Se os critérios desenvolvidos por Roxin e pelas teorias anteriores se revelam insuficientes para resolver satisfatoriamente a delimitação de autoria nos crimes empresariais, no contexto das sociedades empresariais complexas isso pode ocorrer por ainda não se ter dedicado espaço para o estudo da realidade dessas organizações, mas apenas para a adaptação, por vezes deficiente, de modelos de delimitação de autoria desenvolvidos para a criminalidade de natureza individual.

Além disso, se a organização empresarial complexa se vale da divisão de tarefas a fim de realizar seu objeto social, ao criar vários departamentos e pequenos centros de decisão na estrutura organizacional da sociedade, é preciso levar esse dado da realidade em consideração, sob pena de se ignorar a realidade social.

Entretanto, não se pode cometer o erro de imputar a responsabilidade a título de autoria apenas pela mera posição de sócio-administrador ou dirigente, na tentativa de sempre atribuir o fato criminoso a quem está no topo da organização, nem o de tratar as empresas como organizações criminosas ou o cometimento desses crimes por meio de uma associação criminosa.^[18]

Esses estudos são importantes para evitar o distanciamento entre doutrina e práxis jurisdicional, principalmente porque a aplicação da teoria do domínio do fato pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal 470, parece ter se distanciado da versão de Roxin.^[19]

Por fim, frisa-se, não se domina o fato, não se é o centro do acontecer criminoso, sem ação, seja ao executar o fato de próprias mãos, seja por meio de um instrumento em erro, seja pela ordem em um aparato organizado de poder. Ninguém domina o fato por simplesmente ser o chefe da organização. Nunca é demais lembrar a lição de Aníbal Bruno (2005, p. 17), segundo o qual, “o juízo de reprovação só será legítimo até onde se pode exigir do sujeito uma conduta de acordo com a norma, aí se traça um limite ao julgamento de culpabilidade pelo fato antijurídico e típico”.

Referências

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira – Considerações sobre a APn 470 do STF. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, ano 2, v. 2, p. 138-164, dez. 2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/download/14319/10855>. Acesso em: 15 out. 2016.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes** – Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 5. ed. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 114, p. 243-276, maio/jun. 2015.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 223-248.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. A imputação penal nos delitos cometidos através de estruturas organizadas de poder: análise jurisprudencial do Direito Penal Internacional. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 22, p. 1-28, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1930/3056>. Acesso em: 30 nov. 2016.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. Trad. de Vânia Costa Ramos. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 9, p. 26-57, jan./abr. 2012.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 81-122.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A "recepção" das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro ("Caso Mensalão"). **ZIS**, [online], n. 7-8, p. 386-393, 2015. Disponível em: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf. Acesso em: 30 nov. 2016.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-45.

GRECO, Luís; SALOMÃO, Heloísa Estellita. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 91, p. 393-409, jul./ago. 2011.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís et al. **Autoria como**

domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 47-80.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e participe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato:** estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 123-168.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? **Revista Penal**, Huelva, n. 9, p. 59-98, 2002. Disponível em: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12625/Problemas.pdf?sequence=2>. Acesso em: 14 jan. 2017.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. A responsabilidade nos crimes tributários e financeiros. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Direito penal empresarial:** tributário e das relações de consumo. São Paulo: Dialética, 1995. p. 27-34.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte geral, arts. 1º a 120. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

ROXIN, Claus. Autoria mediata por meio do domínio da organização. Trad. de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, José Danilo Tavares (coord.). **Temas de direito penal** – Parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 323-342.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Trad. da sétima edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SOUSA, Susana Aires de. Algumas considerações sobre a responsabilidade criminal do dirigente empresarial. **Revista Systemas**, v. 2, n. 1, p. 147-161, 2010. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/susanaas/1263>. Acesso em: 11 jul. 2022.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*. In: VITORELLI, Edilson (coord.). **Temas atuais do Ministério Público Federal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 807-829.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 105, p. 59-92, nov./dez. 2013

SOUZA, Artur de Brito Gueiros Souza; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral – Arts. 1º a 120. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TIEDEMANN, Klaus. **Derecho penal económico** – Introducción y parte general. Trad. da segunda edição alemã por Héctor Hernández Basualto, Rodrigo Aldoney Ramírez e Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2009.

Notas

- [1] A doutrina diverge sobre a origem da teoria (ou teorias) do domínio do fato. Nilo Batista (2008) afirma que ela foi elaborada por Welzel, mais tarde por Gallas e Maurach, com o aprimoramento de outros como Roxin, Wessels, Stratenwerth e Jescheck, além de ter adeptos na Espanha (Ordeig), na Argentina (Bacigalupo), na Itália (Latagliata) e no Chile (Yañez-Perez), em rol meramente exemplificativo. Artur de Brito Gueiros Souza (2015) defende o surgimento em Welzel e o desenvolvimento por Roxin. Luís Greco e Alaor Leite (2014) dizem que o domínio do fato teria sido mencionado por outros autores, mas sem dúvida foi Roxin quem deu embasamento dogmático para a teoria.
- [2] Tradução livre do espanhol: *“En este grupo de casos relativamente fácil anticipemos el resultado: quien, no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho. Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la ‘concepción natural de la vida’ y la valoración del legislador. No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano [...] en la determinación de la autoría: para el hecho, tal como aparece em forma de acción, el que ejecuta por completo, libremente y de propia mano, sigue siendo la figura central dominante. Ahí reside el contenido de verdad impercedero de la teoría objetivo-formal.”*
- [3] Tradução livre do espanhol: *“en virtud de su saber más amplio capta con más profundidad el significado social del suceso”.*
- [4] Tradução livre do espanhol: *“el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho”.*
- [5] Segundo Bruna Amorim Martins Dutra (2011, p. 229), o Tribunal Federal alemão, “à vista do conjunto probatório coligido, [...] constatou que os três membros do Conselho Nacional de Defesa do RDA, Heinz Kessler, Fritz Streletz e Hans Albrecht, eram dirigentes da estrutura organizada de poder de funcionamento automático e, por meio desta, ordenaram que os atiradores situados sobre o Muro de Berlim matassem os fugitivos. Portanto, foram condenados como autores de escritório dos homicídios perpetrados, com fundamento nos §§ 212 e 25 do StGB [Código Penal alemão], sem prejuízo da responsabilidade penal dos guardas da fronteira. Registre-se que tal condenação foi confirmada pelo Tribunal Constitucional Federal (BVerfG – *Bundesverfassungsgericht*) no ano de 1997”.
- [6] No caso argentino, a “Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais da Capital Federal da Argentina, em 09/12/1985, condenou, a título de

autores mediatos, os comandantes das Forças Armadas argentinas Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola e Armando Lambruschini, em razão de terem ordenado a prática de crimes de sequestro, tortura e homicídio através do aparato estatal contra adversários na luta em oposição à subversão” (DUTRA, 2012, p. 4). Entretanto, a Corte Suprema argentina reviu o julgamento para condenar os comandantes como partícipes, e não autores mediatos.

- [7] Segundo Nilo Batista (2008, p. 103), “a resolução comum para o fato significa a consciência e vontade de coatuar, de integrar-se cooperativamente a uma empresa comum. É absolutamente dispensável, conquanto seja a modalidade mais habitual, que isso se faça em termos de ‘prévio ajuste’, e nesse passo a doutrina brasileira é unânime. Pelo contrário, o acordo de vontades pode ocorrer durante o fato, e depois que parte dele tenha sido realizada, dando surgimento ao que se chama de coautoria sucessiva”.
- [8] Tradução livre do espanhol: “*el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos solo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos o destino del hecho global*”.
- [9] Artur de Brito Gueiros Souza (2013, p. 60) também reconhece essa circunstância ao afirmar que a questão da responsabilidade penal “fica mais complexa quando se observa que, não raro, há a concorrência ou mesmo emanção de ordem para delinquir por parte dos agentes que se encontram nas instâncias intermediárias e superiores de uma pessoa jurídica, notadamente quando se está diante das grandes e complexas corporações”.
- [10] Luiz Regis Prado (2012, p. 567) defende que “o Código Penal reformado (1984) adota essa teoria [monística], ainda que de forma *matizada* ou *temperada*, já que estabeleceu certos graus de participação e um verdadeiro reforço do princípio constitucional da individualização da pena (*na medida de sua culpabilidade*). Essa diretriz, em sua origem, como corolário da teoria da equivalência das condições, não faz, em princípio, qualquer distinção entre autor, coautor e partícipe” (grifos do original). Igualmente, Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2015, p. 345) defendem que: “[...] o Direito Penal brasileiro acolhe a teoria monística temperada ou teoria eclética. Nesse sentido, a 1ª parte da cabeça do art. 29, do Código Penal, espelha a teoria monística, mas a sua parte final, bem como seus §§ 1º e 2º, além das hipóteses agravantes do art. 62, reconhecem a teoria dualista no tocante à dosagem da pena de cada concorrente”.
- [11] Nilo Batista (2008, p. 73) afirma que, “para o direito penal brasileiro, nenhum obstáculo teórico existe contra a utilização desse critério [o critério do domínio do fato] para os crimes comissivos dolosos”. Igualmente, Luís Greco e Alaor Leite (2015, p. 389) defendem que, “de fato, existem esforços na doutrina brasileira no sentido de interpretar o direito positivo brasileiro, já de *lege*

lata, no sentido de um sistema diferenciador de autoria e participação. Não há, a nosso ver, nenhum empecilho intransponível a barrar esses esforços. Afinal, trata-se de uma interpretação construtiva limitadora da punibilidade, que, ademais, encontra apoio na vontade do legislador que reformou a parte geral do CPB em 1984. Esses esforços anseiam, sobretudo, superar um sistema que, como consequência, torna um grito de ‘mate-o!’ dirigido a um terceiro plenamente responsável uma ação de matar no sentido do delito de homicídio – o que, desde a perspectiva do princípio da legalidade, significa uma inaceitável dissolução dos tipos penais”.

- [12] Luís Greco e Augusto Assis (2014, p. 92) afirmam que “os requisitos do plano comum são: todos os coautores conheçam como o delito será executado e que eles decidam em conjunto executá-lo. Não se exige, por outro lado, que o plano tenha sido formulado em conjunto ou que os coautores tenham manifestado previamente sua adesão a ele. Basta uma adesão tácita, ainda que já iniciada a execução (coautoria sucessiva), como no caso em que A está agredindo Z e B se junta a A”.
- [13] Luís Greco e Augusto Assis (2014, p. 94) afirmam que, no Direito alemão, a lei penal exige que o fato seja cometido conjuntamente, por isso Roxin reforça esse aspecto em sua teoria. No Brasil, não há dispositivo legal semelhante, mas os autores alertam para o cuidado que se deve ter para se afirmar uma coautoria nesses casos, sob pena de se responsabilizar o dirigente por ato de terceiros. Segundo os autores, “uma imputação recíproca é algo um tanto grave; concretamente, ela significa que cada um responderá não pelos seus próprios fatos, mas também por fatos *prima facie* de terceiros. Essa severa consequência jurídica tem de ser legitimada, especialmente diante daquele que se vê obrigado a responder por ato de terceiro. Não enxergamos como isso será possível sem que existam uma decisão e uma atuação conjuntas, isto é, de todos, mas também de cada um dos coautores”.
- [14] Apesar de todas as críticas, a autoria mediata pelo domínio da organização já foi utilizada pelo Superior Tribunal Federal alemão, equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça (STJ), com notório repúdio de Roxin (2008, p. 338-339): “Em 1997, a 2ª Turma do Superior Tribunal Federal alemão condenou os responsáveis de uma sociedade limitada como autores mediatos de uma remoção de lixo ambientalmente perigosa (§ 326 do Código Penal alemão). O ‘domínio do fato escorado na vontade de autor’ dos responsáveis da sociedade derivou de que eles teriam ‘aberto e apontado o caminho’ para uma remoção ilegal de lixo. Contudo, abrir e apontar a via que leva ao fato penal é um papel típico do instigador (e frequentemente próprio do conselho técnico que o cúmplice fornece). Um domínio do fato não resulta, em qualquer caso, simplesmente desta circunstância. No mesmo ano, por meio de um acórdão da 4ª Turma, dirigentes de uma sociedade limitada foram apenados como autores mediatos nos estelionatos cometidos pelos empregados desta, apesar de não se ter podido ‘comprovar nenhuma

atuação concreta, ou, também, um conhecimento atual dos réus com relação às respectivas encomendas das mercadorias'. Pois, como 'autor por domínio do fato' entraria 'igualmente em consideração aquele que aproveita as condições, que desatam cursos criminosos regulares, dadas pelas estruturas da organização'. Isto o Superior Tribunal Federal alemão 'afirmou também para as atividades empresariais'. Não se fundamentou, em detalhes, a decisão sobre como, porém, deve existir um domínio do fato em um acontecimento, no qual os acusados, em concreto, nem pelo menos influíram. O domínio do fato é aqui utilizado com o fim de se imputar a autoria em qualquer forma de responsabilidade, não somente na mediata, a todo aquele que está no nível de direção de uma empresa. No entanto, para isto, este conceito não é apropriado".

- [15] Tiedemann (2009, p. 229) reconhece e falta de domínio da ação e vontade aos ocupantes dos postos de comando da empresa, o que os tornaria meros partícipes. Segundo ele, "como os ocupantes dos postos de comando carecem do devido controle do fato e da vontade, serão, por via de regra, meros cúmplices. Embora a admissão de coautoria não seja totalmente excluída, sua probabilidade diminuirá à medida que se aproximar do nível mais baixo da hierarquia" (tradução livre do espanhol: "*al faltar en los instruidos un propio dominio del hecho y de la voluntad, ellos serán, por regla general, meros cómplices. Aunque no se excluye por completo la admisión de una coautoría, su probabilidad disminuirá mientras más se acerque uno al nivel más bajo en la jerarquía*").
- [16] Não se desconhece existir uma tendência de imputação voltada para quem ocupa o topo de estruturas organizacionais, como o são as complexas empresas modernas. Susana Aires de Sousa (2010, p. 151-152) revela que a "tendência da literatura europeia e internacional tem sido justamente no sentido de responsabilizar em primeira linha os órgãos de direção, isto é, de responsabilizar o máximo possível 'para cima'. Considera-se, a título de exemplo, o artigo 12º do *Corpus Iuris 2000*, na versão de Florença, onde se prevê a responsabilidade criminal do director da empresa ou da pessoa que exerça poderes de decisão ou controle no seio empresarial. Ou ainda, igualmente a título de exemplo, o artigo 28º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, referente à responsabilidade criminal dos chefes militares e outros superiores hierárquicos, pelos crimes cometidos pelas forças que estão no seu comando". Entretanto, não se pode perder de vista a preocupação por tantos manifestada, como por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira (1995, p. 27), de que "a perquirição da responsabilidade pessoal, corolário fundamental do Direito Penal, não tem sido a preocupação primeira da polícia e do Ministério Público, que tem denunciado pela simples condição objetiva de ser o acusado diretor, gerente, administrador ou mesmo mero sócio da empresa".

- [17] No fundo, o problema segue sendo a fundamentação teórica da imputação a título de autor daquele que ordena e, frequentemente, controla a execução do crime, sem, contudo, oferecer uma contribuição na fase executiva. Se não oferece contribuição na fase executiva, não pode ser coautor. Segundo Muñoz Conde (2002, p. 76-77), “sua correta solução dogmática é não só de grande importância teórica para uma correta delimitação do conceito de autoria nesta área da criminalidade, mas também prática, pois só a determinação das estruturas que fundamentam a autoria nesta área permite atribuir responsabilidade aos verdadeiros autores dos crimes e não aos personagens secundários, que muitas vezes não passam de ‘homens de palha’ usados precisamente para que os verdadeiros responsáveis fujam de sua responsabilidade” (tradução livre do espanhol: “*su correcta solución dogmática no sólo es de gran importancia teórica para una correcta delimitación del concepto de autoría en este ámbito de la criminalidad sino también práctica, porque sólo la determinación de las estructuras que fundamentan en este ámbito la autoría, permite atribuir la responsabilidad a los verdaderos autores de los delitos y no a personajes secundarios, que muchas veces no son más que ‘hombres de paja’ utilizados precisamente para que los verdaderos responsables evadan su responsabilidad*”).
- [18] Alerta dado por Danilo Miranda Costa (2015) e por Luís Greco e Heloísa Estellita Salomão (2011).
- [19] Ver a crítica formulada, entre outros, por Pablo Rodrigo Alflen (2014) e Luís Greco e Alaor Leite (2015, p. 390 a 392).

Forum non conveniens como instrumento de controle da competência adequada no processo coletivo

Bruna Simoni Jucá

Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Resumo: Trata-se de artigo que propõe a utilização da doutrina do *forum non conveniens*, fortemente consagrada no *common law*, como instrumento de controle da competência adequada no processo coletivo, diante da insuficiência de previsão legal nesse sentido, a partir de uma releitura do princípio do juiz natural.

Palavras-chave: tutela coletiva; *forum shopping*; *forum non conveniens*; competência adequada.

Sumário: 1 Introdução. 2 Competência no microssistema de tutela coletiva. 3 *Forum shopping*. 4 *Forum non conveniens*. 5 O controle da competência adequada nas ações coletivas. 5.1 Boa-fé processual e vedação ao abuso de direito. 5.2 Garantia da máxima eficiência do processo coletivo. 6 Conclusão.

1 Introdução

O tema da competência para julgamento de ações coletivas vem, há muito, causando grandes discussões doutrinárias, principalmente ao ser definida com base em conceitos inexatos de dano de natureza regional e nacional. Divergindo acerca da delimitação territorial de cada um desses conceitos, gasta-se muita energia em conceituações que não resistem a mínimos teste de adequação.

Reconhecendo que a definição do juízo competente para processamento e julgamento de ações coletivas se configura como um verdadeiro *calcanhar de aquiles* (PEREIRA, 2012) do sistema de tutela

coletiva, a busca por uma competência adequada, *in concreto*, parece ser um possível caminho para amenizar as celeumas provenientes da definição abstrata da competência.

Pretende-se, a partir de uma análise crítica dos posicionamentos doutrinários mais abalizados sobre o tema, construir as bases lógicas para a defesa da aplicação do instituto do *forum non conveniens* como forma de controlar, concretamente e caso a caso, a adequação da competência do juízo abstratamente competente.

2 Competência no microsistema de tutela coletiva

O regramento da tutela coletiva no direito positivo brasileiro é feito por diversos diplomas normativos que disciplinam diferentes ações, formando um microsistema processual coletivo. Tendo seu núcleo duro (CARVALHO, 2016) formado pela Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/1965) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), o microsistema se caracteriza pela essencial comunicabilidade com outras fontes jurídicas, encontrando no CPC uma “regulamentação subsidiária e supletiva” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2019, p. 72).

Acerca da competência para processamento e julgamento de processos coletivos, a norma trazida no art. 2º da Lei de Ação Civil Pública (LACP) prevê como competente o foro do lugar onde ocorrer o dano (ou ilícito), quando reputados meramente locais (VENTURI, 2007, p. 270) – art. 93, I, do CDC –, cujo juízo terá competência funcional. Em que pese parte da doutrina defender tal qualificação legislativa como competência *territorial-funcional* (VENTURI, 2007, p. 267), parece mais adequado, *data maxima venia*, interpretar que a intenção do legislador ao utilizar a expressão “funcional” fora a de atribuir caráter absoluto à norma de competência definida em razão do local (territorial), firmando o interesse público na atribuição do juízo competente para processamento das demandas coletivas (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2019, p. 150).

Ainda no que concerne à natureza da competência, o professor Fredie Didier (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2019, p. 152) aponta outros institutos que também integram o microsistema da tutela coletiva e se apresentam com textos mais bem redigidos nessa seara. É o caso do art.

209 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que define a competência para o processamento de causas ali previstas no “foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa [...]”, e do art. 80^[1] do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003).

Acerca dos litígios classificados como de dano regional ou nacional, a definição do foro competente se dá pelo art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor: “foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.^[2] Assim, estendendo-se o dano a mais de uma localidade – não definindo o legislador qual extensão será apta a classificar um dano como regional ou nacional –, diferentes bases territoriais serão simultânea e igualmente competentes.

No âmbito processual trabalhista, a Orientação Jurisprudencial n. 130 da SDI-II^[3] do TST, na mesma linha, define que a competência para ação civil pública se fixa pela extensão do dano. Sendo esse de natureza regional e atingindo cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma vara do trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos. Sendo o dano suprarregional (atingindo mais de uma região do País) ou nacional, há competência concorrente das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho, ainda que a cidade sede não tenha sido efetivamente atingida pelo dano, o que pode ser prejudicial, como será visto adiante.

Observa-se, nos litígios que versam sobre dano regional ou nacional, a concretização do princípio da tipicidade da competência, uma vez que é a própria lei que “autoriza a propositura da causa em qualquer um dos foros colocados à disposição do jurisdicionado” (TAVARES, 2011, p. 33). *A priori*, ao regular a competência a partir do critério territorial, a lei busca atribuir maior efetividade ao processo, principalmente em relação à instrução probatória (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2019, p. 157),^[4] levando em conta os fatores de ligação existentes entre os elementos da demanda e o foro (TAVARES, 2011, p. 34).

Não adentrando de maneira demasiada nas diversas e devidas críticas à insuficiência de definições legislativas acerca dos critérios para classificação do dano como de natureza regional ou nacional – tendo em

vista ser lacuna de natureza abstrata a ser solucionada com a proposta desse trabalho de busca pela competência concretamente adequada –, basta a percepção de que essa conjuntura normativa atribui ao autor o direito potestativo (DIDIER JR., 2019, p. 207) de escolha do foro, entre aqueles em tese competentes. A essa possibilidade de escolha de foros abstratamente disponíveis dá-se o nome de *forum shopping*.

3 Forum shopping

Instituto fortemente consagrado em países de *common law*, constitui-se no direito atribuído ao litigante de demandar em determinado juízo ao invés de em outro, ou outros, também potencialmente disponíveis (WHYTOCK, 2020-2011). Trata-se de um direito potestativo que faz parte da estratégia legítima, a princípio, de quem vai a juízo pleitear tutela jurisdicional.

Há quem utilize essa expressão para se referir à mercantilização do direito de escolha de determinado foro pelo autor em relação a outros igualmente competentes. Seria, por sua natureza, intrinsecamente abusivo. Não é essa a posição adotada por este estudo, que entende o *forum shopping* como legítima possibilidade de escolha do foro pelo demandante em função da sua estratégia para tal litigância (CABRAL, 2017, p. 579), levando em conta as mais diferentes razões^[5] – essas, passíveis de controle para evitar desvirtuamentos, como também será visto adiante.

O *forum shopping* pode ser doméstico ou transnacional (WHYTOCK, 2010-2011) – plano interno ou internacional (HARTMANN, 2018, p. 92). Será doméstico quando a possibilidade de escolha se der dentro de um mesmo país, o que ocorre comumente em estados federados, e transnacional quando a parte puder escolher entre jurisdições de diferentes países. Nesses casos, as variações entre os sistemas jurídicos são tais que a escolha do *forum* pode fazer a diferença entre derrota ou vitória, o que explica por que comumente os demandantes litigam para determinar onde devem litigar.^[6]

Diversamente do plano internacional, as hipóteses de competência concorrente entre diferentes foros brasileiros não implicam em grandes variações acerca da legislação aplicável, uma vez que submetidos

a uma mesma ordem jurídica. Nesse sentido, tem-se entendido que a escolha do foro constitui uma liberalidade do *forum shopper* (HARTMANN, 2018, p. 92), integrante da autonomia da vontade no processo (CABRAL, 2017, p. 582), apoiada em um espaço atribuído pelo próprio ordenamento – mais de um foro abstratamente competente, como é o caso das ações coletivas fundadas na ocorrência de dano nacional ou regional (BRAGA, 2013, p. 22).

É de se reconhecer, contudo, que a possibilidade de busca por um foro amigável (BRAGA, 2013, p. 23) pode encorajar estratégias questionáveis de obtenção de um resultado favorável,^[7] razão pela qual o desafio relativo ao *forum shopping* é compatibilizá-lo com a proteção da boa-fé (DIDIER JR., 2015, p. 207) e com os demais princípios decorrentes do devido processo legal.

4 Forum non conveniens

Os países de *common law* oferecem uma possível solução para o problema do abuso do direito de escolha do foro:^[8] a doutrina do *forum non conveniens*, que “permite o controle da competência quando o foro escolhido é um juízo inconveniente ou inadequado” (CABRAL, 2017), ainda que abstratamente competente, diante da análise do caso concreto. Busca-se encontrar um foro neutro (PEIXOTO, 2018), sem que uma das partes seja excessivamente prejudicada ou beneficiada.

Ao próprio juiz inicialmente escolhido pelo demandante é atribuída a possibilidade de “recusar-se a apreciar a causa, por não ser o mais conveniente e adequado para fazê-lo” (BRAGA, 2013, p. 33). Utiliza-se a regra da *kompetenz-kompetenz* (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2019, p. 125), segundo a qual todo juiz será competente para, ao menos, controlar sua própria competência, de forma a garantir, concretamente, que o juízo a apreciar a causa seja o mais apropriado, assegurando a boa realização da justiça (BRAGA, 2013, p. 38).

No Brasil, e nos países de *civil law* em geral, houve maior resistência na aceitação desse instituto em razão da existência de um sistema de competências mais rígido, pautado em normas consolidadas pelo direito positivo. Baseia-se na premissa cultural de que a prévia estipulação legal do foro abstratamente competente para apreciação da causa garante

às partes o direito a um juiz natural, vedando-se juízos ou tribunais de exceção,^[9] o que traria maior imparcialidade e segurança jurídica.

Ocorre que esse conceito tradicional do princípio do juiz natural merece ser revisitado (BRAGA, 2013, p. 36), tendo em vista que a definição do juízo competente apenas em abstrato atenta contra a ideia de eficiência processual. Ademais, não é suficiente para a plena garantia do devido processo legal, uma vez que não possui potencial de controlar as hipóteses de abusividade^[10] – e nem poderia ter, já que não cabe ao ordenamento prever formas de lesão a si mesmo, mas trazer mecanismos para solucioná-las, caso venham a existir.

Nesse sentido, a doutrina vem admitindo a aplicação do princípio do *forum non conveniens* como um mecanismo *anti-forum shopping* ou um *reverse forum shopping* (JUENGER, 1998), quando este se configurar abusivo e (ou) inconveniente. Trata-se de medida excepcional a ser utilizada pelo juiz quando verificado abuso do direito de escolha ou ausência de conveniência/adequação (BENEDUZI, 2016), uma vez que a regra deve consistir no respeito à liberdade de escolha atribuída ao demandante pelo ordenamento jurídico. De acordo com Ravi Peixoto,

[a] recusa da admissão do processamento de uma demanda cuja competência está abstratamente prevista em lei deve ter por base fundamentos objetivos, vedando que haja arbítrio no exercício do poder jurisdicional. (PEIXOTO, 2018).

Assim, para a efetiva adoção do *forum non conveniens*, parte-se da premissa de um novo conceito de juiz natural,^[11] que, dotado de maior flexibilidade e adaptabilidade, permite que “a competência adequada seja fixada a partir das peculiaridades do caso concreto” (PEIXOTO, 2018), devendo-se respeitar, entretanto, o que Cabral passa a chamar de

núcleo essencial do juiz natural, operando-se de maneira objetiva, impessoal, invariante, e com possibilidade de controle e participação dos interessados para que se lhes assegure previsibilidade. (CABRAL, 2017).^[12]

Destaca Ravi Peixoto (2018) que o ordenamento, no que se refere à definição da competência adequada, passa a ter como objetivo conciliar a previsibilidade das normas positivadas na legislação com a construção de maior eficiência de um controle casuístico, garantindo

assim que a decisão seja de fato tomada pelo órgão jurisdicional com as melhores condições para tanto.

5 O controle da competência adequada nas ações coletivas

Diante de tudo até então exposto, advoga-se a favor da aplicação do instituto do *forum non conveniens* à hipótese de *forum shopping* prevista no art. 93, II, do CDC e na OJ n. 130 da SDI-II do TST, ao tratar das ações coletivas para tutela de danos regionais, suprarregionais ou nacionais. O controle da competência adequada para processamento de tais ações baseia-se em duas grandes diretrizes: proteção da boa-fé processual e busca pela maior eficiência do processo. Passa-se a tratar mais detidamente de cada uma delas.

5.1 Boa-fé processual e vedação ao abuso de direito

A proteção da boa-fé processual é o parâmetro mais comum para utilização do *forum non conveniens*, a ponto de ser em alguns países, como a Austrália, por exemplo, a única hipótese de controle da competência adequada (PEIXOTO, 2018, p. 387). Trata-se de um princípio cujo conceito jurídico é indeterminado – cláusula geral processual (DIDIER JR., 2015, p. 105) –, podendo ser encarado como conjunto de condutas exigíveis de toda pessoa que venha a participar de um processo, visto que socialmente admitidas como corretas (PICÓ I JUNOY, 2011, p. 143).

Relacionando-se diretamente com valores como moral, honestidade e lealdade das relações de convivência (PICÓ I JUNOY, 2011, p. 143), a boa-fé processual é norma de conduta trazida pelo CPC de 2015^[3] como regra fundamental do processo – destaque-se que, em relação às normas fundamentais, o CPC compõe o núcleo do *microssistema do processo jurisdicional coletivo brasileiro* (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2019, p. 125) –, impondo e proibindo condutas (tipificadas ou não).

Veda-se, assim, o abuso de direitos processuais que, por pressupor a existência de direito subjetivo do agente, é revestido de aparente legalidade, mas ao ser utilizado com a finalidade de causar prejuízo a alguém se torna abusivo (HARTMANN, 2018, p. 100). Desvio da finalidade é, portanto, a principal forma de identificar a ocorrência de abuso, sendo diversos os exemplos em que são atribuídas sanções

para tais condutas ilícitas: litigância de má-fé em razão do abuso do direito de recorrer (art. 80, VII, CPC/2015); concessão da tutela da evidência diante do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório (art. 311, I, CPC); ineficácia da cláusula de eleição de foro considerada abusiva (art. 63, §§ 3º e 4º, CPC), entre outros.

À prática abusiva do *forum shopping*, tendo o demandante escolhido o foro que vise impossibilitar ou tornar excessivamente oneroso o direito de defesa do réu, deve ser aplicada a teoria do *forum non conveniens* pelo juiz, que rejeitará a causa e determinará a remessa dos autos ao juízo que lhe parecer mais adequado (BENEDUZI, 2016, p. 808).

Antonio do Passo Cabral defende que deve também ser considerado o “potencial de maximização do exercício dos direitos fundamentais do demandado” (2017, p. 609). Deve-se analisar se há obstáculos ao acesso à justiça no foro escolhido, se lhe são garantidos o contraditório pleno e a ampla defesa, bem como os direitos probatórios.

No entanto, chama atenção para o fato de que qualquer escolha a respeito do foro será mais favorável a uma das partes, devendo o juiz exercer o controle da competência adequada, tendo por base a boa-fé processual quando os direitos processuais do réu forem

excessivamente prejudicados, ou se o autor, tendo meios (estrutura, recursos financeiros) para ajuizar a demanda em outro foro menos prejudicial ao demandando, optou por aquele juízo apenas para dificultar-lhe a defesa. (CABRAL, 2017, p. 610).

Renato Beneduzi defende, contudo, que o controle da adequação pelo órgão jurisdicional baseado na vedação à abusividade do direito depende de provocação da parte interessada, “sob pena de prorrogação da competência do juiz inapropriado nos termos do disposto no art. 65 do Código” (2016, p. 808).^[14] A parte interessada deverá alegar o *forum non conveniens* no bojo da própria contestação, através de exceção processual. O autor lança mão do argumento de que, nessas hipóteses, o interesse público cede espaço ao interesse da parte que é lesionada.

Com as devidas vênias, não parece ser esse o posicionamento mais correto ao tratarmos do controle da competência nas ações coletivas. Em primeiro lugar, porque o art. 65 do Código de Processo Civil de 2015 faz referência à prorrogação da competência relativa, o que não é o caso da

competência territorial definida como absoluta pelo microsistema de tutela coletiva, como visto acima. Segundo, porque é norma de ordem pública e, portanto, passível de controle *ex officio* pelo juiz. Terceiro, porque o abuso de direito processual configura ilícito ao qual o ordenamento jurídico brasileiro prevê sanções em diversas ocasiões, como, por exemplo, a aplicação da multa por litigância de má-fé de ofício pelo juiz (art. 142, CPC/2015).^[5] E quarto, em razão do princípio da predominância de aspectos inquisitoriais no processo coletivo (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2019, p. 140), segundo o qual se permite que o juiz tenha uma postura mais participativa, dirigente e decisiva.

Ademais, Cabral defende que a boa-fé deve ser avaliada logo no início do processo, “no juízo sobre a admissibilidade da demanda, a fim de que o réu não seja arrastado a um processo instaurado num foro onde seus direitos não sejam tutelados” (2017, p. 607).

Apesar de se reconhecer que na prática o réu irá alegar o *forum non conveniens*, não é prudente excluir de pronto a possibilidade de o juiz exercer tal controle independentemente de provocação. Assim, a tutela da boa-fé processual será parâmetro a justificar a aplicação do *forum non conveniens* para controle da adequação da competência nas ações coletivas, inclusive de ofício pelo juiz ao fazer uso da *kompetenz-kompetenz*, quando a escolha do foro pelo demandante se mostrar “visivelmente opressiva e vexatória (por isso abusiva)” (BENEDUZI, 2016, p. 807).

5.2 Garantia da máxima eficiência do processo coletivo

A segunda diretriz em que se baseia o controle da competência adequada através do instituto do *forum non conveniens* consiste na busca pela tutela jurisdicional que garanta maior eficiência à ação coletiva, afastando *in concreto* a competência do juízo que não atenda tal finalidade. A eficiência processual pode ser medida por meio de três elementos: tempo, custo e qualidade da decisão final.

Os dois primeiros elementos, custo financeiro e tempo necessário para a decisão, constituem a vertente quantitativa da eficiência processual, relacionando-se com a ideia de produtividade. Assim, será quantitativamente eficiente a tutela jurisdicional que tiver a “capacidade de minimizar os custos sociais da resolução de conflitos” (HARTMANN, 2018, p. 135-136), devendo-se pautar na busca pela redução dos encargos da litigância.

Nesse aspecto, inclui-se a necessidade de duração razoável do processo, reconhecendo o passar do tempo como fator potencialmente prejudicial à tutela jurisdicional efetiva e eficiente. Deve-se conferir, através de comprovações empíricas – como estatísticas dos próprios tribunais –, qual juízo poderá resolver mais rapidamente a causa, sem perder de vista o estágio de “tramitação do processo, porque um declínio de competência tardio poderia retardar ainda mais a solução da causa” (CABRAL, 2017, p. 612).

Sob o aspecto da eficiência qualitativa, deve-se buscar o foro capaz de oferecer um melhor resultado jurisdicional, sendo tal foro aquele que mais concretize o devido processo legal coletivo e garanta maior proteção ao direito tutelado (HARTMANN, 2018, p. 133). Trata-se da busca pela decisão mais justa, mais efetiva, correta, equânime e “mais ampla e irrestrita possível”,^[6] obtida a partir de um processo coletivo devido.

Em outras palavras, o controle da competência adequada no processo coletivo deve passar pelo critério de maior efetividade da decisão judicial. As chances de obter essa tutela desejada aumentam exponencialmente quando o juízo em que tramita a causa é aquele capaz de melhor realizar a instrução probatória. A proximidade com o local do dano foi o critério utilizado pelo legislador para abstratamente definir a competência, mas o mesmo critério deve ser adotado pelo intérprete para concretamente controlar a adequação daquela.

De acordo com Cabral, deve-se utilizar o parâmetro do “contato ou ligações mínimas” (*minimum contacts*), segundo o qual o foro mais adequado será aquele com maior proximidade com a causa, afastando os chamados “foros exorbitantes”, que têm pouca ou nenhuma proximidade com os fatos em causa” (2017, p. 602, 604). O autor traz o exemplo de uma hipotética ação coletiva para discutir dano de abrangência regional ocorrido no Sudeste do País. Em tese, poderia ser ajuizada em qualquer outra capital de estado, na forma do art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor. Mas seria o foro de Belém adequado para processamento dessa ação? E o de Palmas? Defende-se que não.

Nesse mesmo sentido, Hartmann assevera que, em termos territoriais, “firmar a competência aproximando o juízo do local de ocorrência dos fatos pode contribuir para um desfecho qualitativamente melhor” (2018, p. 133-134).^[7]

Além dos crivos de não abusividade, potencialidade do contraditório, proximidade com os fatos da causa e conseqüente aptidão para melhor instrução probatória, o controle da competência adequada no processo coletivo deve se ater à análise de fatores específicos, como a possibilidade de maior controle pelos substituídos e a necessidade de ampliação do contraditório.

Acerca do primeiro deles, destaca-se a necessidade de comunicação adequada – *fair notice* – (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2019, p. 122) acerca da existência do processo coletivo, dos atos que o constituírem e do resultado de seu julgamento. Nesse sentido, há previsão expressa no nosso ordenamento: art. 94 do CDC^[18] (Lei n. 8.078/1990) e art. 983 do CPC.^[19]

Em relação à necessidade de ampliação do contraditório, dois enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis trazem importante regramento sobre o tema, razão pela qual merecem transcrição:

ENUNCIADO 619. (arts. 6º, 138, 982, II, 983, § 1º) O processo coletivo deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório, como a realização de audiências públicas, a participação de *amicus curiae* e outros meios de participação.

ENUNCIADO 620. (arts. 8º, 11, 554, § 3º) O ajuizamento e o julgamento de ações coletivas serão objeto da mais ampla e específica divulgação e publicidade.

Assim, o foro mais adequado para o processamento de determinada ação coletiva será aquele que possa concretizar a tutela jurisdicional mais eficiente, a partir de critérios de duração razoável do processo, facilitação da instrução probatória e defesa do réu, amplitude da efetividade, bem como publicidade e conseqüente facilitação do controle pelos membros do grupo (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2019, p. 126).

6 Conclusão

O microsistema de tutela coletiva, positivado nos mais diversos diplomas normativos, institui, de maneira abstrata, competência concorrente entre diferentes foros para processar e julgar ações coletivas que versem sobre danos de extensão regional e nacional. O demandante passa a ter direito potestativo à definição do foro – *forum shopping* –,

sendo passível de controle a fim de que tal escolha não ofenda direitos fundamentais do réu, tampouco comprometa a eficácia processual.

Vê-se na doutrina do *forum non conveniens* a solução para controle do exercício abusivo do *forum shopping* de forma casuística, na medida em que o juiz, utilizando-se de sua atribuição para fiscalizar a própria competência (*kompetenz-kompetenz*), poderá decliná-la a outro juízo mais concretamente adequado.

Por fim, será considerado adequado o foro capaz de processar e julgar a causa coletiva de maneira mais rápida e menos custosa, assegurando às partes a ampliação e a efetividade do contraditório e da instrução probatória e a possibilidade de maior controle pelos substituídos, vedando-se qualquer abuso de direito ou outro que fira a boa-fé processual.

Referências

BENEDUZI, Renato Resende. *Forum non conveniens*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC**: doutrina selecionada. Parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1. p. 799-818.

BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, ano 38, v. 219, p. 13-41, maio 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Processual. Conflito de competência n. 144.922. MG 2015. Relatora: Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região). Julgamento: 22.6.2016. Publ. **DJe** 9 ago. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/juris/prudencia/371630443/conflito-de-competencia-cc-144922-mg-2015-0327858-8?ref=juris-tabs>. Acesso em: 3 dez. 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. 2017. 792 f. Tese (provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

CARVALHO, Fabiano. O princípio da eficiência no processo coletivo: Constituição, microsistema do processo coletivo e novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord. geral); ZANETI JUNIOR, Hermes (coord.).

Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção Repercussões do novo CPC). v. 8. p. 471-487.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI Junior, Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 4.

HARTMANN, Guilherme Kronenberg. **Controle da competência adequada no processo civil.** 2018. 248 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

JUENGER, Friedrich K. *Forum non conveniens: who needs it?* In: TARUFFO, Michele (coord.). **Abuse of procedural rights:** comparative standards of procedural fairness. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1998.

PEIXOTO, Ravi. *O forum non conveniens e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade.* **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 279, p. 381-415, maio 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/36531144/O_forum_non_conveniens_e_o_processo_civil_brasileiro_limites_e_possibilidade. Acesso em: 6 jul. 2022.

PEREIRA, Mateus Costa. *Da competência: o calcanhar de Aquiles da tutela coletiva.* **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, v. 22, n. 24, p. 127-145, 2012.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional.* **Revista de Processo**, São Paulo, RT, v. 36, n. 196, p. 131-162, jun. 2011.

TAVARES, Sara. **A doutrina do forum non conveniens e o processo civil brasileiro.** 2011. 170 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2011.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo:** a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

WHYTOCK, Christopher A. The evolving forum shopping system. **Cornell Law Review**, Ithaca, v. 96, p. 481-534, 2010-2011. Legal Studies Research Paper Series n. 2011-15. Versão online. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1596280. Acesso em: 29 nov. 2019.

Notas

- [1] Lei n. 10.741, de 2003 (Estatuto do Idoso): “Art. 80. As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do domicílio do idoso, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores”.
- [2] Código de Defesa do Consumidor: “Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: [...] II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.
- [3] OJ da SDI-II: “130. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI Nº 7.347/1985, ART. 2º. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 93 (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. I – A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela extensão do dano. II – Em caso de dano de abrangência regional, que atinja cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma Vara do Trabalho, a competência será de qualquer das varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos. III – Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a Ação Civil Pública das varas do trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho. IV – Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída”.
- [4] Nesse mesmo sentido, Pereira (2012): “O *caput* do art. 2º da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública – LACP) determina que a competência para a propositura de ações coletivas observará o local de ocorrência efetiva ou potencial do dano, consoante o viés da ação. Trata-se de regra afinada com aspirações de ordem probatória, dado que a propositura da ação na ambiência do dano facilitará a colheita de prova testemunhal, a realização de perícias e, eventualmente, a própria inspeção judicial; isso para nos limitarmos a aspectos dogmáticos”.
- [5] Em sua tese, Hartmann cita alguns exemplos: “prognóstico quanto ao êxito na demanda ou patamar de verba honorária a ser arbitrada; proximidade do juízo; custo envolvido na condução dos litígios; prazos para resolução das lides; diferenças procedimentais; reputação do julgador ou sua afinidade com a tese a ser exposta naturalmente se sua atuação for passível de vaticínio, como na escolha de um juízo único” (HARTMANN, 2018, p. 95).
- [6] Juenger (1998, p. 352): “*The variations among legal systems are such that the choice of forum can make the difference between defeat and victory, which explains why parties so often ‘litigate in order to determine where they shall litigate’*”.

- [7] Juenger (1998, p. 353): “*Understandable as the quest for a friendly court may be, it does encourage questionable strategies and poses the question why the outcome of a lawsuit should depend on manipulation rather than the merits of a case*”.
- [8] Juenger (1998, p. 356): “*Common law countries offer a commonsensical solution to this problem: the forum non conveniens doctrine, which allows judges to stay or dismiss suits that strike than as abusive*”.
- [9] Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”; e LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.
- [10] Acerca das condutas processuais que firmam a boa-fé, Joan Picó i Junoy assevera: “*En definitiva, será la jurisprudencia, en muchos casos, y no tanto la ley, la que nos indicará las reglas a tomar en consideración para concretar las conductas procesales maliciosas*” (PICÓ I JUNOY, 2011, p. 144).
- [11] Sobre o tema, Cabral (2017).
- [12] No mesmo sentido, Peixoto (2018): “O que se exige é que haja objetividade, impessoalidade e invariância, na medida em que, mesmo havendo maior flexibilidade na delimitação da competência, que sejam evitadas decisões solipsistas e em desacordo com as particularidades do caso concreto e com o ordenamento jurídico. Portanto, seria possível a admissão da utilização do princípio da competência adequada permitindo que, em certas situações, para além da previsão da competência abstratamente adequada, seja possível também o controle *in concreto*, desde que satisfeitos certos requisitos”.
- [13] Código de Processo Civil de 2015, art. 5º: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.
- [14] Entende ser devida a aplicação do art. 65 do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual “[p]rorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação”, caso a parte interessada não apresente sua exceção de incompetência no bojo da contestação.
- [15] Código de Processo Civil de 2015, art. 142: “Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé”.
- [16] Argumento utilizado pela relatora Diva Malerbi no CC n. 144.992/MG, julgado pelo STJ, que afastou a competência do foro de Belo Horizonte por entender não ser o juízo adequado para julgar as causas que envolvam aspectos estritamente humanos e econômicos da tragédia. *In verbis*: “Nesses casos, devem ser levadas em conta as circunstâncias particulares e individualizadas,

decorrentes do acidente ambiental, sempre com base na garantia de acesso facilitado ao Poder Judiciário e da tutela mais ampla e irrestrita possível. Em tais situações, o foro de Belo Horizonte não deverá prevalecer, pois significaria óbice à facilitação do acesso à justiça, marco fundante do microssistema da ação civil pública” (BRASIL, 2016).

- [17] Acrescenta o autor: “A relação entre a ‘proximidade da prova’ e a competência do juízo, com efeito, torna crível a obtenção de uma convicção judicial de maior qualidade (ou eficiente) quanto aos fatos, justamente pela associação da prática de atividades instrutória e decisória num só juízo e, de forma recomendável, num só julgador”.
- [18] Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990): “Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.
- [19] Código de Processo Civil, art. 983, *caput* e § 1º: “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”.

A responsabilização por impactos ambientais cumulativos e sinérgicos

Djeison Rique Barazetti

Assessor-Chefe Nível II da Procuradoria Regional Eleitoral em Mato Grosso (MPF-PRMT). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso.

Resumo: O presente estudo trata da importância da avaliação de impactos de ordem cumulativa e sinérgica no licenciamento ambiental de grandes empreendimentos ou projetos geograficamente adjacentes, bem como sua interferência na integridade dos sistemas ecológicos, sob o ponto de vista jurídico, sobretudo da responsabilidade civil por dano ambiental. A problemática da qualidade, efetividade e abrangência dos estudos de impacto ambiental no Brasil é evidenciada na degradação suportada pelo meio ambiente. O licenciamento isolado de projetos cujos impactos somam-se ou relacionam-se é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro e a ideia de desenvolvimento sustentável, sendo necessário avaliar, por meio de estudos e pesquisas específicas, a totalidade dos impactos e de seus efeitos quando interagidos. Nesse sentido, é solidária e objetiva a responsabilidade civil por dano ambiental cumulativo e sinérgico, cuja tutela é amparada pela Lei de Ação Civil Pública.

Palavras-chave: impacto ambiental; dano ambiental cumulativo e sinérgico; responsabilidade ambiental.

Sumário: 1 Introdução. 2 A evolução do pensamento ecológico e o problema da qualidade nas avaliações de impacto ambiental. 3 Relevância da avaliação de impactos cumulativos (AIC) e o conceito de impacto sinérgico. 4 Responsabilização civil pelos impactos socioambientais cumulativos e sinérgicos. 4.1 Ação civil pública e mecanismos extrajudiciais de reparação do dano. 5 Considerações finais.

1 Introdução

Apesar de contemplado na Constituição Federal em seu art. 225, o direito de todos ao meio ambiente equilibrado sofre uma certa

relativização em licenciamentos de grande vulto, sobretudo quando os empreendimentos atendem à utilidade pública ou beneficiam o desenvolvimento econômico local e regional, não sendo incomum que as respectivas licenças sejam concedidas com maior grau de tolerabilidade aos danos ambientais previstos.

A Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), nela compreendidos o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (RIMA), nesse sentido, é fundamental para a correta investigação e prospecção dos impactos a serem gerados, cujo diagnóstico orientará e servirá de base para a decisão acerca da viabilidade ambiental do projeto por parte do órgão licenciador, bem como definição das condicionantes, medidas de monitoramento, compensação e mitigação dos referidos impactos.

Em grandes projetos (como hidrelétricas, termelétricas, rodovias, hidrovias, portos, aeroportos e empreendimentos de mineração) ou em projetos cujos impactos possuam área de influência próxima ou sobreposta, há a necessidade, em alguns casos, da Avaliação de Impactos Cumulativos (AIC), que pode ser feita de maneira autônoma ou integrada às demais avaliações metodologicamente similares, como a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE) e a Avaliação Ambiental Integrada (AAI) (SÁNCHEZ, 2020, p. 279).

Nessa perspectiva, a AIC tem por objetivo a análise dos impactos (em sua magnitude e interação) que afetem um conjunto selecionado de componentes ambientais e sociais significantes, concentrados espacial ou simultaneamente, consideradas as ações tanto do passado quanto do presente e do futuro.

Ao longo do tempo, múltiplos empreendimentos, de mesma natureza ou diversos, podem ser planejados e construídos para uma mesma região, promovendo uma soma de impactos que podem interagir negativamente na qualidade do meio ambiente daquela localidade. A essa condição, denominada cumulatividade ou sinergia de impactos, os órgãos licenciadores devem especial atenção, destacadamente quanto aos estudos exigidos.

Por exemplo, a construção isolada de uma usina hidrelétrica, tradicionalmente de grande impacto, degrada de maneira simultânea a fauna e a flora terrestre e aquática, a qualidade da água e o ecossistema local

como um todo. Imagine-se a construção de uma segunda usina na mesma localidade, leito de rio ou bacia hidrográfica: os danos ambientais adquirem novas proporções e interagem entre si, resultando em danos de diferentes ordens ou magnitudes anteriormente não consideradas, comumente em licenciamentos realizados isoladamente.

Assim, adquirem especial importância para a validade dos licenciamentos a real e efetiva participação da população afetada, a transparência por parte dos proponentes do projeto (enquanto responsáveis pelos estudos) e do órgão licenciador, bem como a fiscalização pelo Ministério Público, último responsável pela tutela dos direitos do meio ambiente, ainda que não exclusivamente.

Ainda que não tenha sido realizada a avaliação de impacto cumulativo e sinérgico, há a possibilidade de responsabilização civil dos empreendimentos envolvidos pelas eventuais práticas de monitoramento e mitigação que se revelarem deficitárias, consoante prevê a legislação ambiental.

Nesse quesito, as dificuldades mais comuns observadas estão relacionadas à difícil mensuração dos danos (decorrente da ausência de estudos paradigmáticos) e à individualização das condutas em meio à pluralidade de agentes envolvidos. Como solução, a bibliografia aponta a aplicação da teoria da causalidade alternativa, em que os mecanismos de responsabilização são coletivos e solidários, sendo consenso que tais impasses não podem obstar à defesa do meio ambiente e da integridade dos sistemas ecológicos locais como um todo.

Recomenda-se que o monitoramento e a recuperação ocorram em parceria com proponentes dos projetos, órgãos ambientais fiscalizadores e comunidades afetadas, restando sempre a possibilidade de judicialização da demanda, via ação civil pública, quando inviáveis ou infrutíferas as providências de cooperação extrajudicial, como a celebração de termos de ajustamento de conduta.

2 A evolução do pensamento ecológico e o problema da qualidade nas avaliações de impacto ambiental

Diante da necessidade de evoluir o atual e insuficiente Estado de Direito Ambiental, o conceito de Estado de Direito Ecológico, proposto

por Klaus Bosselman, ambiciona o equilíbrio e a responsabilidade ecológica através da limitação do crescimento econômico e do consumo de recursos, com maior proteção aos bens ambientais, de forma a perceber a natureza como sujeito de direitos e não como simples objeto a ser explorado pelas atividades humanas (BOSELNAN *apud* LEITE; SILVEIRA; BETTEGA, 2017, p. 67-71).

Segundo Aragão (2017, p. 22), o Estado Ecológico de Direito é um conjunto de normas e princípios que objetivam a preservação das condições de funcionamento dos sistemas terrestres, estabelecendo-se um espaço seguro de exploração, tanto para a segurança da vida humana quanto para a do restante dos seres vivos.

A ideia de um “espaço operacional seguro”, mencionada pelos especialistas, somente pode ser compreendida a partir da atenção que é dada aos limites do planeta, ou seja, aos indicadores concretos da influência da atividade humana nos sistemas ecológicos, como a destruição da camada de ozônio; a perda de biodiversidade; a contaminação do solo, ar e água por substâncias químicas; a acidificação dos oceanos; as perturbações no ciclo hidrológico global; entre outros (ARAGÃO, 2017, p. 24).

Assim, o nível de proteção ambiental intrínseco a esse modelo de Estado exige uma reformulação de parâmetros, regulações, exigências e deveres, sobretudo jurídicos, voltada a todos os atores públicos e privados e à sociedade. O papel do Direito nesse contexto, a curto prazo, é ultrapassar a mera solução dos conflitos, impulsionando mudanças de paradigmas e vinculando juridicamente deveres objetivos de observância aos limites planetários, o que já acontece em algumas metas pactuadas internacionalmente, como a meta de redução de emissões dos gases de efeito estufa.

Sob essa perspectiva, a longo prazo, o respeito aos limites é uma questão de justiça:

Se forem transpostos para diferentes escalas, os limites planetários podem servir como critérios para avaliar a equidade no uso dos recursos da Terra e operacionalizar a justiça nas relações entre nações, cidadãos, gerações e espécies: Justiça entre as nações – entre os Estados que são detentores de recursos naturais e outros Estados que não os

têm. Justiça entre os cidadãos – entre ricos e pobres que têm um acesso muito desigual aos recursos da Terra. Justiça entre gerações – entre as gerações atuais, que exploram o Planeta para além do espaço operacional seguro, e as gerações futuras, que hão de herdar um Planeta mais pobre e a funcionar mal. Justiça no relacionamento entre as espécies – entre a espécie humana, que consome e degrada de forma desproporcional os recursos, e as outras espécies, cujas vidas são ameaçadas por fatores antrópicos. (ARAGÃO, 2017, p. 30).

Portanto, significa dizer que os Estados Ecológicos têm como um de seus deveres o de coibir o consumo insustentável e desigual de recursos, em respeito às gerações futuras e ao direito das gerações presentes, cujos integrantes economicamente desprivilegiados muitas vezes não têm acesso ao meio ambiente sadio ou foram privados dele.

Nesse viés, em suas contribuições à teoria, Hans Christian Bugge (*apud* LEITE; SILVEIRA; BETTEGA, 2017, p. 78-83) critica o Direito e o Estado contemporâneo, que, além de insuficientes, quando desafiados pela complexidade das decisões na temática ambiental, tendem a flexibilizar a proteção jurídica do meio ambiente e a privilegiar outros objetivos, sobretudo econômicos, transformando o Direito em política.

Gerd Winter, por sua vez, esclarece que o Direito Ambiental não evitou a crise, pois não tratou do problema quantitativo:

Tradicionalmente, o direito ambiental visa a conferir compatibilidade ambiental (*Umweltverträglichkeit*) à infraestrutura, aos processos produtivos e aos produtos. Ele fixa limites para as liberdades da sociedade e da economia onde estes intervêm nos recursos naturais. Em assim fazendo, o problema do crescimento quantitativo é negligenciado. [...]. O crescimento da quantidade é o elemento central do crescimento econômico, o qual não só burla o sistema de regulação jurídica, como também se impõe internamente a ele. (WINTER, 2017, p. 139).

Isso significa que a compatibilidade entre desenvolvimento e sustentabilidade se deslegitima no problema da quantidade. São exemplos dados pelo autor: a eficiência energética de automóveis elétricos, que é anulada pelo número crescente de automóveis; a redução das emissões de CO₂ por meio de fontes renováveis, que desloca a questão do clima para a da perda da biodiversidade, ocasionada pela criação de novas instalações geradoras de energia (WINTER, 2017, p. 139).

Por mais avançadas que se tornem as técnicas de minimização da exploração de recursos e dos danos ambientais, se forem considerados os fatores quantitativos, sempre haverá uma “normalidade tolerada”, que justifica a violação ao equilíbrio ecológico. Cite-se, como exemplo, a construção de várias estações hidrelétricas ao longo de um mesmo rio: avaliados os impactos de cada empreendimento isoladamente, é possível atender a certos parâmetros de aceitabilidade ao dano ambiental e à juridicidade. No entanto, ao considerar os impactos numa escala global, em sua cumulatividade e sinergia, seriam estes toleráveis ou, ainda, legais?

Os primeiros estudos ambientais no Brasil foram realizados por volta de 1970 para o licenciamento de projetos hidrelétricos, ocasião em que o País se encontrava em período de expansão econômica em direção aos cerrados e à Amazônia. As barragens de Itaipu e Tucuruí foram casos emblemáticos à época, fundamentais para a concretização do pensamento “ecológico crítico” dos modelos de desenvolvimento e para a relevância dada aos Estudos de Impacto Ambiental (SÁNCHEZ, 2020, p. 59).

Com a aprovação da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) – Lei n. 6.938/1981 –, as avaliações de impacto ambiental se incorporaram formalmente à legislação brasileira, sob a égide de objetivos que visaram compatibilizar desenvolvimento econômico e equilíbrio ecológico, dispondo ainda sobre a obrigação de recuperar ou indenizar os danos causados.^[1]

Logo em seguida, tais objetivos foram reforçados pela Constituição Federal, notadamente quanto à exigência da realização de estudo de impacto ambiental (art. 225, § 1º, inciso IV). Da mesma forma, regulamentou-se a PNMA a partir das Resoluções n. 1/1986 e n. 237/1997 do Conselho Nacional de Meio Ambiente (Conama).

Uma distinção importante entre as duas normativas é apontada por Sánchez (2020, p. 62): a inovadora Resolução n. 1/1986 previu que o estudo ambiental deveria ser elaborado por equipe multidisciplinar independente do empreendedor, enquanto a Resolução n. 237/1997 retirou a independência dos estudos e a atribuiu ao proponente, ainda que não exclusivamente, trazendo, por outro lado, a exigência

expressa de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA).^[2]

Nesse sentido, a avaliação de impacto ambiental, segundo Sánchez (2020, p. 42), é um “processo de exame das consequências futuras de uma ação presente ou proposta”, assimilando-se fundamentalmente com o conceito de estudo de impacto ambiental, conceituado na Resolução Conama n. 237/1997.

Desde seu escopo, ainda de acordo com Sánchez (2020, p. 70), a finalidade da avaliação de impacto ambiental é “considerar os impactos ambientais antes de se tomar qualquer decisão que possa acarretar significativa degradação da qualidade do meio ambiente”, e tem como funções o embasamento para a tomada de decisão acerca da viabilidade ambiental, o auxílio na concepção e no planejamento do projeto e da gestão ambiental futura e a produção de informação para a exposição pública.

Em uma descrição breve do processo, com base na Resolução Conama n. 1/1986, a AIA possui sete etapas: triagem, determinação do escopo, elaboração do EIA/RIMA, análise técnica do EIA, consulta pública, decisão, acompanhamento e monitoramento.

O planejamento do estudo de impacto ambiental deve ser pautado na relevância dos componentes ambientais (reconhecida legalmente ou pelo conhecimento científico) e na vulnerabilidade das comunidades humanas afetadas. A bibliografia também aponta que devem ser consideradas as experiências dos casos anteriores, a participação pública e o conhecimento tradicional (SÁNCHEZ, 2020, p. 117). São exemplos de recursos ambientais cuja importância é legalmente reconhecida as espécies ameaçadas de extinção; os ecossistemas que desempenham relevantes funções ecológicas, como recifes de coral, manguezais e outras áreas úmidas; os bens históricos e arqueológicos; as áreas protegidas, como parques nacionais; sendo igualmente importantes as restrições ao uso do solo, estabelecidas em zoneamentos, planos diretores e outros instrumentos de planejamento territorial (SÁNCHEZ, 2020, p. 117).

Também são componentes ambientais relevantes as espécies da fauna e da flora de interesse econômico ou cultural, as espécies medicinais, aquelas usadas para alimentação ou subsistência de populações tradicionais e comunidades locais. Por esses motivos,

a qualidade da decisão que será tomada depende de um planejamento criterioso e de termos de referência cuidadosamente preparados, preferencialmente com o envolvimento das partes interessadas. (SÁNCHEZ, 2020, p. 125-134).

Ao planejar a AIA, independentemente de haver impactos mais complexos (como os cumulativos e sinérgicos), especial atenção deverá ser dada aos estudos de base, pois são o parâmetro utilizado para identificar e começar a fazer a previsão dos impactos. Bons estudos de base são essenciais também para o monitoramento, sendo pertinente citar que:

[...] os estudos de base fornecem uma referência pré-operacional para o monitoramento e deveriam ser organizados de tal maneira que permitissem uma comparação entre a situação pré-projeto e aquela que poderia ser encontrada após sua implantação, possibilitando comparação multitemporal. [...] é preciso seguir o princípio de realizar os levantamentos necessários, e não o de fazer uma compilação de dados disponíveis. (SÁNCHEZ, 2020, p. 145).

Após a conclusão do EIA, na fase de consulta pública, evidencia-se a importância do conteúdo do RIMA, um documento que deve resumir e traduzir as informações técnicas do EIA para uma linguagem acessível, de forma a facilitar a discussão pública e promover a transparência do licenciamento. Ao final, decide-se a viabilidade ambiental do empreendimento, podendo ser emitida ou negada a licença prévia, ou, ainda, serem exigidos estudos complementares, caso inconclusiva a decisão (SÁNCHEZ, 2020, p. 354).

Ocorre que os órgãos ambientais brasileiros, de maneira geral, não analisam a qualidade dos estudos apresentados. Não há uma classificação sistemática ou um órgão revisor, como a Comissão de Avaliação de Impacto Ambiental, da Holanda. No Brasil, dos poucos estudos que enfrentam a questão, os principais decorrem da atuação do Ministério Público Federal (MPF), cujos resultados são sintetizados por Luis Enrique Sánchez (2020, p. 372-375).

O autor apresenta uma síntese das principais pesquisas da qualidade dos EIAs realizados no Brasil desde o início da vigência da Resolução Conama n. 1/1986. São os principais desafios: debilidade de termos de referência; negligência das alternativas viáveis; medidas mitigadoras

genéricas e sem relação com o ambiente afetado; planos de monitoramento superficiais e sem indicadores; carência de procedimentos técnicos adequados para identificar e prever impactos (SÁNCHEZ, 2020, p. 372-373).

A cumulatividade e o sinergismo de impactos são também aspectos desconsiderados. Ademais, é muito comum a incorporação dos grupos sociais afetados na fase de formulação do EIA, a presença de erros conceituais na indicação dos monitoramentos, medidas mitigadoras pouco detalhadas e a ausência de programas de monitoramento de impactos específicos.

O documento original do MPF foi elaborado em 2004, com base nas informações técnicas emitidas desde 1996 por analistas e assessores da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão (4ª CCR). Na ocasião, foram analisados setenta EIAs dos mais diversos tipos, como hidrelétricas, termelétricas, rodovias, hidrovias, portos, aeroportos e empreendimentos de mineração, consolidando-se a pesquisa como uma das mais abrangentes até a atualidade (BRASIL, 2004).

Os pesquisadores envolvidos elencaram uma série de recomendações necessárias para a melhoria da qualidade dos estudos de impacto ambiental, sendo as principais: considerar as variáveis ambientais existentes; garantir prazos suficientes para as pesquisas, com a interdisciplinaridade das equipes; valorizar o conhecimento e as tradições locais, contribuindo para a efetiva escolha das alternativas existentes na tomada de decisão; criar mecanismos de cooperação entre órgãos; exigir maior qualidade nos estudos e maior investimento das equipes dos órgãos licenciadores; criar bancos de dados dos estudos e das medidas mitigadoras e de monitoramento, registrando o conhecimento e possibilitando o acesso; ampliar a participação social durante todo o processo, favorecendo os direitos socioambientais e culturais (BRASIL, 2004, p. 43).

Em última análise, para que a discussão da viabilidade ambiental se torne efetiva e capaz de influir nas decisões ambientais de forma legítima e democrática, os estudos devem ser realizados com maior qualidade e transparência. Nesse sentido, a bibliografia recomenda como necessária a criação de mecanismos que possibilitem a realização dos estudos de impacto sem o financiamento do

empreendimento pelos proponentes, ou sem a interferência destes (FEARNSIDE, 2015, p. 294-295, v. 2).

3 Relevância da avaliação de impactos cumulativos (AIC) e o conceito de impacto sinérgico

A AIC tem origem no final da década de 1970, inicialmente nos Estados Unidos (*National Environmental Policy Act – NEPA*, em 1969) e no Canadá (em 1975, pela comunidade científica), chegando à Comunidade Europeia em 1985. Já no Brasil, a implementação da AIC somente aconteceu em 1986, com certas dificuldades e deficiências,^[3] a iniciar pela legislação, considerada defasada e superficial (OLIVEIRA, 2008, p. 6). A Resolução Conama n. 1/1986, por exemplo, cita apenas que a análise dos impactos ambientais deverá discriminar suas propriedades cumulativas e sinérgicas.^[4]

Para Sánchez (2020, p. 276), os impactos cumulativos (ou acumulativos) “são aqueles que se acumulam no tempo ou no espaço, como resultado da adição ou da combinação de impactos decorrentes de uma ou de diversas ações humanas”, e destaca que a somatória de impactos da mesma natureza (cumulatividade) ou a interação de impactos diferentes (sinergismo) são fatores que devem ser analisados no âmbito do licenciamento quando oferecerem riscos à qualidade dos componentes ambientais relevantes.

A AIC em nada se confunde com o EIA; diferencia-se tanto pelo escopo quanto pelos métodos: no EIA, a identificação dos impactos parte do projeto e na AIC, a identificação parte dos receptores dos impactos. Ainda, a AIC é metodologicamente similar à avaliação ambiental estratégica (AAE) e à avaliação ambiental integrada (AAI), pois procura analisar os efeitos totais sobre um conjunto selecionado de componentes ambientais e sociais (SÁNCHEZ, 2020, p. 279-280).

Sejam oriundos de um mesmo projeto (cumulatividade intraprojeto) ou de projetos distintos (cumulatividade interprojetos), esses impactos se tornam significantes quando concentrados espacialmente e simultaneamente, pois promovem, numa acepção aditiva, um impacto resultante de maior intensidade, duração ou extensão espacial (SÁNCHEZ, 2020, p. 280).

Os impactos sinérgicos, por outro lado, são produto da interação de impactos diferentes (impactos X e Y) que, quando combinados em associação simultânea, podem manifestar um terceiro tipo de impacto (impacto Z). A cumulatividade dos impactos ambientais remete à soma, enquanto a sinergia, à multiplicação, um efeito composto (SÁNCHEZ, 2020, p. 281). Ou seja, a construção de dois ou múltiplos projetos numa mesma localidade pode gerar impactos cumulativos e sinérgicos, sendo imprescindível, de acordo com Sánchez (2020, p. 277), que a avaliação individual dos impactos de um projeto considere os outros projetos na mesma região, sob pena de decidir-se o licenciamento (ou investimento) sem a informação ou as análises ambientais completas.

Essa posição também é defendida por Eduardo Fortunato Bim (2020, p. 230), quando comenta que a identificação da cumulatividade e sinergia dos impactos deve ser considerada na preparação do estudo ambiental quando da análise dos projetos subsequentes, de forma que, “quando se instala o segundo empreendimento, o seu EIA tem que considerar a existência do primeiro, e analisar ambos globalmente”.

A bibliografia refuta a prática do *fracionamento*, muito comum em diversos países, e aponta exemplos de divisão em fases ou etapas para burlar a legislação, como a construção de rodovias “divididas em lotes para escapar da obrigatoriedade de um EIA”, terminais portuários construídos em etapas ao longo do tempo, avaliadas separadamente (SÁNCHEZ, 2020, p. 285).

O ponto central da questão é que a legislação pode aceitar ou até mesmo desconsiderar, grosso modo, pequenos impactos de forma isolada, evidenciando a relevância da realização de bons estudos prévios, “uma vez que a cumulação de pequenos impactos pode alterar a insignificância presumida pela legislação, tornando necessária a realização de um estudo ambiental ou de uma AIA mais complexa” (BIM, 2020, p. 230).

Detectada a necessidade de realização da AIC, seja em metodologia única ou conjuntamente com as avaliações integradas (AAE e AAI), a primeira das cinco etapas do processo é a definição do *escopo* da avaliação. É nesse momento que as questões de interesse regional e os componentes socioambientais mais importantes serão selecionados^[5]

para inventário e pesquisas. Identificam-se o que será analisado, o limite geográfico e temporal da análise e as demais ações futuras que afetarão os componentes selecionados (OLIVEIRA, 2008, p. 92).

A segunda fase da AIC é a *caracterização do ambiente e dos impactos*, por meio da qual se detalham e descrevem minuciosamente os componentes do escopo, consoante sua resistência e percepção aos impactos cogitados. É nessa fase que são identificadas as relações de causa e efeito entre as atividades e os componentes ambientais ou sociais (OLIVEIRA, 2008, p. 92).

Num terceiro momento, ocorre a *determinação da significância dos impactos*, de modo a visualizar a magnitude dos impactos cumulativos, avaliando-se também os impactos residuais, de acordo com as normas ambientais vigentes. Após, segue-se para a quarta etapa, a *definição das medidas mitigadoras*, por meio da qual identificam-se alternativas para "evitar, minimizar ou mitigar os impactos cumulativos significativos" (OLIVEIRA, 2008, p. 92).

O *monitoramento* dos impactos é a quinta fase do processo da AIC. A partir do monitoramento dos impactos cumulativos, a gestão ambiental se operacionaliza, da mesma forma que a eficiência das medidas mitigadoras adotadas pode ser aferida, viabilizando ajustes ou remediações necessárias (OLIVEIRA, 2008, p. 92).

Ao mapear as relações de causa e efeito, as previsões da AIC permitem uma melhor composição do plano de gestão ambiental, sobretudo quanto à mitigação dos impactos. Segundo Sánchez (2020, p. 145), há uma hierarquia de mitigação a ser seguida: "evitar, reduzir, corrigir e compensar". Para o autor, avaliar impactos cumulativos não é simplesmente indicar no EIA se determinado impacto tem propriedades cumulativas e sinérgicas, como é a prática comum no Brasil, tampouco deve-se fracionar o projeto (SÁNCHEZ, 2020).

Dessa forma, somente a partir da consideração das múltiplas fontes de pressão sobre determinado componente ambiental, poderá ser estabelecido um limite tolerável, ou seja, "definir quanto de degradação 'cabe' em determinada região". Considerando, ainda, que as medidas mitigadoras é que irão prevenir ou reduzir impactos previstos, tem-se uma relação de dependência com os estudos realizados, visto que "somente

poderão ser propostas medidas para os impactos detectados e, por sua vez, estes só poderão ser previstos a partir de um bom diagnóstico das áreas de influência do empreendimento” (SÁNCHEZ, 2020, p. 295).

No mesmo sentido, a fase de monitoramento também é essencial para a efetividade da gestão ambiental dos empreendimentos, pois nela se aferirão as previsões dos estudos, se constatará se os empreendimentos atendem ou não à legislação ambiental e, ainda, se identificarão os possíveis ajustes e correções a serem realizados (SÁNCHEZ, 2020, p. 79).

Nesse quesito, constata-se deficiências recorrentes na mitigação e compensação de impactos cumulativos: a proposição de medidas que não são a solução para a mitigação do impacto; a indicação de medidas mitigadoras pouco detalhadas; a ausência de avaliação da eficiência das medidas propostas; bem como a não incorporação de propostas dos grupos sociais afetados, na fase de formulação do EIA (BRASIL, MPF, 2004, p. 30-35).

Diante desse cenário, os impactos ambientais cumulativos e sinérgicos não são devidamente avaliados ou monitorados, tampouco compensados ou mitigados, evidenciando constantes atropelos na legislação de licenciamento ambiental. Com a proteção socioambiental fragilizada, por consequência, as demandas decorrentes das violações e irregularidades acabam sendo levadas ao Judiciário pelo Ministério Público ou pelas comunidades afetadas.

4 Responsabilização civil pelos impactos socioambientais cumulativos e sinérgicos

Como é amplamente sabido, a responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva, tanto por determinação constitucional (art. 225, § 3º)^[6] quanto legal (Lei n. 6.938/1981, art. 14, § 1º),^[7] sendo adotada pela legislação brasileira a teoria do risco da atividade e da reparação integral,^[8] visto que o dano ambiental tem natureza difusa. Assim, objetivando primeiramente conferir validade aos princípios da prevenção e da precaução, a pretensão reparatória do dano ambiental possui dois requisitos: a existência do dano e do nexo causal.

O evento danoso, segundo Édis Milaré (2020, p. 958), é aquele que cause direta ou indiretamente a degradação ou diminuição da

qualidade de um ou mais componentes do meio ambiente. Comenta o autor (2020, p. 959) que o dano não necessariamente precisa estar revestido de ilicitude (afastada pelo licenciamento ambiental), mas tão somente de lesividade, esta “suficiente para provocar a tutela jurisdicional”, o que harmoniza com o entendimento de Leite e Ayala (2015, p. 33): “o lesado não deve suportar um dano que, em sua origem, beneficia economicamente o agente”.

A respeito desse fato, Sánchez (2020, p. 141) comenta que os impactos não são percebidos da mesma forma por grupos sociais diferentes e que relevantes aspectos culturais e arqueológicos comumente estão associados aos impactos ambientais: “o sentimento de perda ocasionado pela inundação de um cemitério indígena, ou de qualquer outro sítio sagrado de uma comunidade, dificilmente poderá ser apreendido em sua plenitude”.

Quanto ao nexu causal, ou seja, a relação de causa e efeito entre a atividade e o dano por ela gerado, é consenso na doutrina que se trata de um requisito de complexa aferição e comprovação, “quer na determinação da extensão da participação de um determinado agente, quer na própria existência ou não de uma relação de causa e efeito” (SÁNCHEZ, 2020, p. 72).

Ocorre que o impacto ambiental cumulativo é quase sempre caracterizado por danos contínuos, pluralidade de agentes e por ser de difícil individualização. Entretanto, isso não pode servir como fundamento para inviabilizar a reparação, pois a responsabilidade dos danos causados nessas circunstâncias deve ser pautada em uma “causalidade alternativa”, em que os mecanismos de responsabilização são coletivos e solidários:

Os danos causados por poluição crônica, cumulativos ou continuados por atividades de vários agentes podem trazer entraves intransponíveis em determinar o nexu de causalidade. [...] Assim, nestes casos, os danos são consequências de efeitos cumulativos, pois um ato isolado não seria capaz de provocar tais danos, mas sim o conjunto de atividades, inviabilizando a determinação de suas causas em concreto. Em decorrência de tais circunstâncias, parece mais viável a criação de mecanismos coletivos de responsabilização dos custos da restauração e a criação de fundos, com vistas à indenização coletiva. Outra solução possível, para os danos continuados, surge das recomendações de

ITURRASPE, que nos dizem: “Para as hipóteses de danos de causação coletiva ou plural, onde apareça envolvido, como possível agente, um grupo de empresas, que se torne materialmente impossível para as vítimas determinarem a autoria, deve admitir-se a teoria de causalidade alternativa do dano coletivo, consagrando a responsabilidade solidária dos intervenientes”. [...] é perfeitamente possível que não se individualize ou determine quais indústrias ou qual grupo de empresas praticou a lesão ambiental de poluição atmosférica, em certa região. Assim, o dano ambiental pode ter fontes múltiplas e ser proveniente de atividades conjuntas e de risco, sem que seja possível determinar com exatidão o responsável. (LEITE; AYALA, 2015, p. 73).

Leite e Ayala (2015, p. 73) ainda enfatizam que os agentes causadores ou cocausadores dos efeitos sinérgicos têm o dever solidário de composição dos danos, consoante art. 942^[9] do Código Civil, “podendo a reparação ser exigida de todos e de qualquer um dos responsáveis” e, ainda, “independentemente de conserto prévio ou da cumplicidade na causação do dano”.

Os impactos cumulativos e sinérgicos, portanto, atraem a aplicação do dever de recompor (ou restaurar) pelas vias do sistema da solidariedade, podendo-se estabelecer uma “presunção de causalidade do dano ambiental”,^[10] fundamentada na perspectiva sistêmica dos danos (múltiplos agentes), e pela inversão da carga probatória, elementos que possibilitam a presunção do liame. Leite e Ayala ainda pontuam:

Não se pode deixar impunes os responsáveis pelo dano ambiental, e até justificamos a adoção de regras mais ousadas, principalmente quando as fontes múltiplas do dano e a pluralidade de agentes dificultam a reparação. [...] A partir da presunção de causalidade (*iuris tantum*) em relação àquelas atividades cuja instalação for adequada para causar o dano (atividades de risco ou perigosas), opera-se, em decorrência, a inversão do ônus da prova ao empreendedor, no sentido deste ser compelido a demonstrar a inexistência da relação de causalidade. (LEITE; AYALA, 2015, p. 76).

Milaré compartilha do mesmo entendimento, fundamentando-se na teoria do risco integral e nos princípios da precaução e do poluidor-pagador:

A teoria do risco integral é mais abrangente, pois considera que todo e qualquer risco conexo ao empreendimento, e não só os que lhe são próprios, deverá ser integralmente internalizado pelo poluidor. Apóia-se,

no que tange à aferição da relação de causalidade, na teoria conhecida como *da equivalência das condições* (*conditio sine qua non*), segundo a qual toda condição que concorre para o resultado constitui causa, isto é, “havendo mais de uma causa provável do dano, todas serão reputadas eficientes para produzi-lo, não se distinguindo entre causa principal e causas secundárias, pelo que a própria existência da atividade é reputada causa do evento lesivo”. (MILARÉ, 2016, p. 212. Grifos do autor).

Dessa forma, para os autores, transfere-se aos agentes o dever de provar o cumprimento da lei ou a falta do liame quanto aos impactos cumulativos e sinérgicos causados, tanto na perspectiva comissiva quanto na omissiva.

4.1 Ação civil pública e mecanismos extrajudiciais de reparação do dano

Quando o dano ambiental ultrapassa os limites de segurança, prejudica a saúde e o bem-estar das comunidades e leva os sistemas ecológicos ao desequilíbrio, deixa de ser tolerável e passa a ser ilícito no plano fático, sendo necessário examinar “se a alteração ambiental prejudicou ou não a capacidade de uso do bem ambiental ou a capacidade funcional ecológica protegida pelo direito” (SENDIM *apud* LEITE; AYALA, 2015, p. 79-81). São contextos em que “as violações de direitos fundamentais são constantes, inclusive no que diz respeito àqueles mais básicos e elementares ao desfrute de uma vida minimamente digna” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 39).

Há os que defendam que o licenciamento ambiental goza de presunção de legitimidade, como um ato administrativo vinculado, e que, por esse motivo, não caberia ao Ministério Público questionar essa presunção ou os estudos ambientais, tendo em vista que cabe somente aos órgãos ambientais competentes avaliar e licenciar (TRENNEPOHL; TRENNEPOHL, 2020).

Se realmente houvesse estudos abrangentes, uma análise criteriosa dos órgãos ambientais, se todos os interessados e afetados fossem ouvidos e considerados, talvez não houvesse o que questionar; no entanto, não é o que se verifica na maioria dos casos. A validação do licenciamento pelos órgãos administrativos, por tais motivos, não

pode ser considerada presumidamente legítima, revelando-se mais acertada a doutrina de Leite e Ayala:

[C]onsiderando que, em matéria específica de dano ambiental, vigora a responsabilidade objetiva, ou seja, em virtude do risco da atividade, não se pode, neste caso, pensar em isenção de responsabilidade civil, mesmo com autorização administrativa. Na hipótese de dano ambiental, prevalece a irrelevância da licitude da atividade, bastando, para o exame de mérito da demanda, a prova do nexo causal e do evento danoso. O importante é constatar que a atividade exercida pelo agente se mostra potencialmente causadora de dano ao meio ambiente. Ao poder público não é dado o direito de autorizar agressão ao meio ambiente, não existindo, assim, a presunção de legitimidade. O que, de fato acontece através da autorização administrativa, é que o agente estará isento da sanção administrativa ambiental, e não da responsabilização civil. (LEITE; AYALA, 2015, p. 80).

Em decorrência disso (atropelos e omissões nos estudos, ineficácia das medidas de mitigação e monitoramento), concretizam-se os danos ambientais, surgindo assim a pretensão reparatória para recomposição dos bens ecológicos e indenização das comunidades afetadas.

Nesse contexto, um dos mecanismos de tutela e defesa do meio ambiente é a ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7.347/1985, que, na sua acepção ambiental, tem como finalidade buscar todos os meios razoáveis para a reparação do dano, seja por meio da condenação à obrigação de fazer ou não fazer, seja pela cessação das atividades nocivas.

Leite e Ayala (2015, p. 80) observam que é preferível que a responsabilização imponha, primeiramente, a obrigação de prevenção ao dano ecológico e a restauração natural dos bens ambientais lesados, considerada a hierarquia de mitigação: quando não é mais possível evitar ou corrigir, deve-se compensar o dano no âmbito da responsabilidade civil.

Milaré (2016, p. 87) assevera que o dano ambiental é de difícil reparação e que as indenizações impostas comumente têm um caráter simbólico, visto que, em alguns casos, jamais será reconstituída a integridade ambiental plena ou a qualidade do meio afetado, como, por exemplo, no caso do desaparecimento de uma espécie, de monumentos naturais ou de bens arqueológicos.

O autor concorda com Leite e Ayala e destaca a “característica ambivalente”^[11] do dano ambiental, cuja lesão recai sobre elementos além do patrimônio ambiental, em prejuízo da coletividade, podendo “refletir-se material ou moralmente, sobre o patrimônio, os interesses ou a saúde de uma certa pessoa ou de um grupo de pessoas determinadas ou determináveis”, ou seja, o dano na sua acepção difusa ou coletiva (MILARÉ, 2016, p. 91).

Um exemplo tradicional são os danos extrapatrimoniais sofridos por comunidades indígenas, cuja mensuração, quando possível, deve identificar os diferentes níveis de “sentimento de dor, sofrimento e/ou frustração” suportados por cada comunidade em determinada região, “autorizando-se falar em danos ambientais morais individuais ou coletivos” (MILARÉ, 2016, p. 96).

Quanto às formas de reparação, a bibliografia pontua três principais: (1) a restauração natural ou *in specie*,^[12] (2) a compensação por equivalente ecológico,^[13] e (3) a indenização pecuniária,^[14] todas podendo ser cumulativas e simultaneamente exigidas, distinguindo-se apenas a ordem de preferência de cada uma (MILARÉ, 2016, p. 101-104).

Ocorre que, antes de se cogitar as hipóteses reparatórias, algumas dificuldades práticas devem ser consideradas, como a incompletude dos estudos ambientais e a morosidade judicial, questões que afetam diretamente o monitoramento de bens ambientais sensíveis e as medidas de mitigação, necessidades sempre urgentes numa situação de dano ambiental, que muitas vezes não comporta longos trâmites judiciais para sua reversibilidade.

Por esses motivos, é recomendado que se busque a solução por vias mais céleres, extrajudiciais, como a celebração de termos de ajustamento de conduta, quando viável a conciliação entre os empreendimentos, as comunidades afetadas, os órgãos ambientais e o Ministério Público,^[15] sempre disponível, em todo caso, a ação civil pública reparatória.

Ainda, a bibliografia fornece alternativas que podem ser consideradas tanto judicial quanto extrajudicialmente, como a supervisão por terceira parte (agentes financiadores ou instituições especializadas), por comissões especiais de acompanhamento (interinstitucionais) ou por meio de auditoria ambiental independente (SÁNCHEZ, 2020, p. 430-440).

5 Considerações finais

É possível perceber que os avanços ambientais contemporâneos, sobretudo na área dos estudos de licenciamento, estão distantes da realidade brasileira, tanto em termos de política ambiental quanto no âmbito do avanço econômico. Pelo presente estudo, fica claro que as avaliações ambientais exigidas ainda estão muito distantes da real preocupação com o desenvolvimento sustentável no Brasil.

Há um histórico já muito conhecido de violações de direitos por parte de grandes setores, como o hidrelétrico e o minerador, ao instaurar conflitos na Amazônia e degradar a qualidade de componentes ambientais sensíveis do ecossistema, como demonstra a bibliografia em diversos momentos (FEARNSIDE, 2015).

O presente estudo buscou compreender as formas de reparação dos impactos ambientais de ordem cumulativa e sinérgica no ordenamento jurídico brasileiro, já que são aspectos comumente negligenciados nas avaliações ambientais e nos monitoramentos realizados pelos empreendimentos licenciados. Identificou-se que os impactos cumulativos e sinérgicos, em diversos casos, sequer são considerados no âmbito do projeto, ou, quando o são, é de maneira superficial ou meramente descritiva.

Percebeu-se, cada vez mais, a necessidade de discutir tais problemas ambientais de forma mais democrática e com a efetiva participação das comunidades afetadas, inclusive na formulação dos estudos e no monitoramento, valorizando-se o conhecimento tradicional.

Como esclarecido, o Direito Ambiental contemporâneo não tem sido eficaz diante das relevantes problemáticas ecológicas, nas suas mais diversas acepções. Isso decorre de um sistema normativo de licenciamento obsoleto, insuficiente e alheio aos avanços científicos, com normativas de regulamentação das décadas de 1980 e 1990, distantes das situações ambientais vividas atualmente.

As teorias mencionadas, que repensam o atual modelo de Estado Ambiental para um modelo de Estado Ecológico, são um grande passo para a implementação das proteções de que precisam os sistemas ecológicos. Não há mais como negar que existe uma relação

de interdependência muito sensível entre as sociedades e o meio ambiente, revelando-se tal fato como verdadeira questão de justiça interespecies e justiça intergerações.

Nesse contexto, um dos pontos cruciais a serem considerados é a potencialidade que os estados têm de contenção das explorações desenfreadas ou excessivas, visto que amparado e legitimado pelo arcabouço jurídico. A rigorosidade exigida nos licenciamentos é um exemplo disso: deve-se contemplar o desenvolvimento científico e tecnológico empregado nos estudos ambientais, pois são eles, em última análise, que demonstrarão os limites suportados pela natureza.

Portanto, não é mais compatível, normativa e axiologicamente, o licenciamento ambiental que negligencie, na perspectiva quantitativa, os baixos impactos. Quando detectadas as propriedades cumulativas ou sinérgicas de projetos únicos ou conjuntos que possam afetar os bens ecológicos, deve-se avaliá-los e licenciá-los de forma conjunta, considerando o impacto global como parâmetro para a concessão das licenças.

Referências

ARAGÃO, Alexandra. O Estado de Direito Ecológico no antropoceno e os limites do planeta. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (orgs.). **Estado de Direito Ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza**. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2017.

BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. 4^a Câmara de Coordenação e Revisão. **Deficiências em estudos de impacto ambiental: síntese de uma experiência**. Brasília: Ministério Público Federal (4^a CCR); Escola Superior do Ministério Público da União, 2004. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/deficiencias-em-estudos-de-impacto-ambiental>. Acesso em: 6 jun. 2021.

BRASIL. **Resolução Conama n. 1, de 23 de janeiro de 1986**. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. Disponível em: <http://conama.mma.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. **Resolução Conama n. 237, de 19 de dezembro de 1997**. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental. Disponível em: <http://conama.mma.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2022.

FEARNSIDE, Philip M. **Hidrelétricas na Amazônia: impactos ambientais e sociais na tomada de decisões sobre grandes obras**. Manaus: Ed. do INPA, 2015. v. 1 e 2.

LEITE, José R. Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2015. *E-book*.

LEITE, José R. Morato; SILVEIRA, Paula Galbiatti; BETTEGA, Belisa. O Estado de Direito para a natureza: fundamentos e conceitos. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (orgs.). **Estado de Direito Ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza**. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2017.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*.

MILARÉ, Édis. **Reação jurídica à danosidade ambiental: contribuição para o delineamento de um microssistema de responsabilidade**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/18874>. Acesso em: 30 mar. 2022.

OLIVEIRA, Valéria R. Salla de. **Impactos cumulativos na avaliação de impactos ambientais: fundamentação, metodologia, legislação, análise de experiências e formas de abordagem**. 2008. Dissertação (Mestrado em Engenharia Urbana) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/4243/2141.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 mar. 2022.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos**. 3. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento ambiental**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*.

WINTER, Gerd. Problemas jurídicos no antropoceno: da proteção ambiental à autolimitação. Tradução de Paula Galbiatti Silveira. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (orgs.). **Estado de Direito Ecológico**: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2017.

Notas

- [1] Art. 4º da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.
- [2] Art. 3º da Resolução Conama n. 237/1989.
- [3] A literatura também cita a falta de definição e normatização de procedimentos claros na legislação; arranjo institucional e nível de tomada de decisão; integração das políticas públicas; desenvolvimento de conhecimento técnico e metodológico; prática não comum e não regulamentada da AAE; responsabilidade da execução dos estudos ambientais; aplicação da AIA apenas no nível de projeto; baixa qualidade dos EIA/RIMA e termos de referência; desconsideração ou tratamento inadequado dos impactos cumulativos nos estudos ambientais; definição de banco de dados de referência e dificuldade de acesso aos dados (OLIVEIRA, 2008).
- [4] A previsão consta do art. 6º da Resolução Conama n. 1/1986, *verbis*: “O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas: [...] II – Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais [...]”.
- [5] Uma vez escolhidos os componentes ambientais ou sociais selecionados (CASS), passa-se à seleção dos projetos a serem considerados, para então serem definidos os limites espaciais e temporais da análise e serem elaborados os cenários futuros de impacto (SÁNCHEZ, 2020, p. 279).
- [6] “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”
- [7] “Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua

atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

- [8] É a posição doutrinária majoritária, segundo Leite e Ayala (2015, p. 33).
- [9] Código Civil, Art. 942: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”.
- [10] Segundo os autores, “é um misto de presunção limitada de causalidade com a inversão da carga probatória, pois, ao mesmo tempo em que diz que há presunção, transfere ao agente a possibilidade de exclusão, desde que prove o atendimento da lei e a falta de liame. [...] mister se faz para melhorar a situação do lesado, com relação à prova da causalidade, não lhe impor a certeza, mas apenas a probabilidade satisfatória” (LEITE; AYALA, 2015, p. 74).
- [11] Declara o autor: “Por isso, têm razão Morato Leite e Patryck Ayala quando afirmam que o dano ambiental tem uma conceituação ambivalente, por designar não só a lesão que incide sobre o patrimônio ambiental, que é comum à coletividade, mas, igualmente, por se referir ao dano – por intermédio do meio ambiente ou dano ricochete – a interesses pessoais, legitimando os lesados a uma reparação pelo prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial sofrido” (MILARÉ, 2016, p. 91).
- [12] Afirma o autor: “A modalidade ideal – e a primeira que deve ser tentada, mesmo que mais onerosa – é a restauração natural do bem agredido, cessando-se a atividade lesiva e repondo-se a situação o mais próximo possível do *status* anterior ao dano, ou adotando-se medida compensatória equivalente” (MILARÉ, 2016, p. 102).
- [13] Consiste na “substituição do bem afetado por outro que lhe corresponda funcionalmente, em área de influência, de preferência direta, da degradada (restauração *ex situ*)” (MILARÉ, 2016, p. 103).
- [14] “Na hipótese de a restauração *in natura* se revelar insuficiente ou inviável – fática ou tecnicamente –, admite-se a indenização em dinheiro, como forma indireta de sanar a lesão” (MILARÉ, 2016, p. 104).
- [15] Art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública – LACP): “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”.

A legitimidade do Ministério Público Federal para a propositura dos acordos de leniência no âmbito federal

Fernando Pereira de Azevedo

Analista do MPU/Apoio Direito. Assessor Jurídico Penal em gabinete de subprocurador-geral da República. Mestrando em Direito Penal Econômico e Combate à Corrupção pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) de Brasília.

Resumo: Este estudo tem por objetivo analisar a legitimidade do Ministério Público Federal (MPF) para a propositura do acordo de leniência no âmbito federal, notadamente à luz de sua previsão na Constituição Federal, na Lei Complementar n. 75/1993, além da aplicação, por analogia, de disposições presentes nas Leis n. 7.347/1985 e n. 8.078/1990, ainda que o art. 16, § 10, da Lei n. 12.846/2013 determine que a Controladoria-Geral da União (CGU) é o único órgão competente para a celebração do referido pacto no âmbito do Poder Executivo federal, e também no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. Em um primeiro momento, analisar-se-ão o conceito e a compreensão sobre o fenômeno da corrupção, além de serem explorados alguns dados sobre os efeitos da corrupção no Brasil, e como o País tem se comportado diante desse mal. Após, procurar-se-á demonstrar a importância da Lei n. 12.846/2013 e do acordo de leniência como instrumentos de combate à corrupção. Por derradeiro, analisar-se-á a legitimidade do Ministério Público Federal para a propositura dos acordos de leniência no âmbito federal, destacando a interpretação constitucional sobre a atuação do Ministério Público; a exegese da Lei Complementar n. 75/1993, além da aplicação, por analogia, de disposições presentes nas Leis n. 7.347/1985 e n. 8.078/1990; a citação de um julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) sobre o assunto; as iniciativas legislativas em curso sobre o tema; e os resultados obtidos pelo Ministério Público Federal na celebração de acordos de leniência desde 2014 até os dias atuais.

Palavras-chave: combate à corrupção; Lei Anticorrupção Empresarial; acordo de leniência; legitimidade do Ministério Público Federal.

Sumário: 1 Introdução. 2 Breves considerações sobre o fenômeno da corrupção no Brasil, a edição da Lei n. 12.846/2013 e o acordo de leniência. 2.1 Breve apresentação sobre o fenômeno da corrupção e seus efeitos no Brasil, além da colocação do País no Índice de Percepção da Corrupção (IPC). 2.2 A Lei n. 12.846/2013 e o acordo de leniência: ferramentas ao combate à corrupção com foco na pessoa jurídica. 3 O Ministério Público Federal e o acordo de leniência. 3.1 A interpretação constitucional sobre o papel do Ministério Público no combate à corrupção e a exegese de outros diplomas normativos. 3.2 As propostas legislativas atinentes à modificação da participação do Ministério Público no acordo de leniência. 4 Conclusão.

1 Introdução

O acordo de leniência, como instrumento de apuração de ilícitos, foi previsto pela Lei n. 12.846/2013, que também ficou conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial (LAE). Esse diploma inaugurou no ordenamento pátrio a possibilidade de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública nacional e estrangeira. Até o início de sua vigência, a ação estatal ficava restrita à punição das pessoas naturais que agiam em nome das empresas ou, ainda, à aplicação de sanções judiciais ou administrativas de fundo contratual ou regulatório.

Em que pese o inegável avanço desse marco regulatório no combate à corrupção, o Ministério Público Federal (MPF) não consta no rol de legitimados para a propositura dos acordos de leniência, pois o art. 16, § 10, da Lei n. 12.846/2013 determinou que a Controladoria-Geral da União (CGU) é o único órgão competente para a celebração do referido pacto no âmbito do Poder Executivo federal, e no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. Dessa forma, o artigo terá por objetivo analisar questões teórico-práticas sobre a legitimação do acordo de leniência, especialmente o seguinte questionamento: o Ministério Público tem legitimidade para a propositura do acordo de leniência?

Assim, faz-se necessário averiguar a referida omissão textual, e se ela representa efetivamente um óbice à atuação do Ministério Público na celebração dos acordos de leniência. Apenas como ilustração, no curso das investigações da Operação Lava Jato, o Ministério Público Federal participou ativamente da celebração de 17 acordos de leniência que

juntos somam a importância de R\$ 12.569.829.410,85. Ressalta-se que, até o dia 24 de junho de 2021, o montante efetivamente devolvido aos cofres públicos alcançou a vultosa cifra de R\$ 6.067.115.175,27, devendo ser ainda destacado que o montante inicial sofrerá reajustes de acordo com as correções monetárias previstas em contrato (BRASIL, 2021a).

Evidenciada, como se vê, a atualidade do tema apresentado, destacando-se a necessidade do aprofundamento em sua pesquisa, notadamente em razão da importância do fortalecimento da autonomia e independência do Ministério Público no combate à corrupção. Por derradeiro, destaca-se que o tema deste estudo se amolda ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) número 16, ou, mais precisamente, o 16.5, da Organização das Nações Unidas (ONU), através do qual o Brasil se compromete até 2030 a reduzir a corrupção e o suborno em todas as suas formas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015).

2 Breves considerações sobre o fenômeno da corrupção no Brasil, a edição da Lei n. 12.846/2013 e o acordo de leniência

2.1 Breve apresentação sobre o fenômeno da corrupção e seus efeitos no Brasil, além da colocação do País no Índice de Percepção da Corrupção (IPC)

De acordo com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), agência da Organização das Nações Unidas encarregada de coordenar as atividades internacionais de combate às drogas, prevenção de delitos e terrorismo internacional, o conceito de corrupção pode ser assim definido:

é amplo, incluindo as práticas de suborno e de propina, a fraude, a apropriação indébita ou qualquer outro desvio de recursos por parte de um funcionário público. Além disso, pode envolver casos de nepotismo, extorsão, tráfico de influência, utilização de informação privilegiada para fins pessoais e a compra e venda de sentenças judiciais, entre diversas outras práticas. (ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME, [20--?]).

Ainda de acordo com o referido organismo, a corrupção pode ser compreendida como um complexo fenômeno social, político e econômico

que afeta todos os países do mundo. A corrupção prejudica as instituições democráticas, desacelera o desenvolvimento econômico e contribui para a instabilidade política dos países, além de influenciar nos processos eleitorais, o que culmina com a ameaça ao Estado Democrático de Direito e deslegitima a democracia. Tais condutas acabam causando o afastamento de investidores e desestimulando a criação e o desenvolvimento de negócios no país, pois as empresas não conseguem arcar com os “custos” da corrupção (ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME, [20--?]).

A referida interpretação tem se mostrado acertada, especialmente se observarmos que duas gigantes corporações multinacionais como a H&M (varejista de moda) e a Ikea (varejista de móveis) ainda não operam no mercado brasileiro, e que a corrupção é um fator preponderante para justificar essa decisão corporativa, mesmo diante de um dos maiores mercados consumidores do mundo (CAULY, 2015). Além do mercado brasileiro, a empresa Ikea se recusou a atuar no mercado ucraniano, novamente motivada pela corrupção no setor público daquele país (LOVASZ, 2014). Constata-se, dessa forma, que os efeitos da corrupção são amplos e de difícil mensuração.

De acordo com um levantamento realizado pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) em 2010, com dados de 2008, estimou-se que a corrupção no Brasil representava um custo médio de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB) por ano, ou seja, giraria em torno de R\$ 41,5 bilhões a R\$ 69,1 bilhões (CUSTO..., 2010). Em 2015, no lançamento da campanha denominada “10 medidas contra a corrupção”, o então coordenador da extinta força-tarefa da Operação Lava Jato, o procurador da República Deltan Dallagnol, afirmou que a corrupção era responsável pelo desvio de R\$ 200 bilhões por ano dos cofres públicos (LOPES; AFFONSO, 2015). Esse mesmo montante de recursos foi referenciado pela presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Renata Gil, em webinar promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para discutir estratégias de combate à corrupção em 2020 (CNJ..., 2020).

Evidenciado, como se vê, que os prejuízos são superlativos e o enfrentamento desse problema demanda a cooperação internacional entre os países, além da participação da sociedade civil organizada. Nesse contexto, destacam-se as atuações da Organização das Nações

Unidas (ONU), organização intergovernamental criada para promover a cooperação internacional, e da Transparência Internacional, organização não governamental e sem fins lucrativos, criada em 1993 na Alemanha, que se propõe ao combate à corrupção global.

O combate à corrupção tornou-se pauta da ONU a partir de 1996, e várias proposições foram editadas desde então; porém, a que merece relevo é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, documento que contém 71 artigos, alocados em oito capítulos, editada em 2003. As disposições mais importantes estão reunidas em quatro capítulos e tratam dos temas prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional. São esses capítulos que demandam adaptações legislativas e/ou ações concomitantes à aplicação da convenção a cada país, com o propósito de que sejam implementadas políticas públicas efetivas contra a corrupção, e que reflitam os princípios do Estado de Direito tais como a integridade e a transparência, entre outros (ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME, 2003).

Por sua vez, a Transparência Internacional elabora anualmente, entre outros materiais, um estudo denominado Índice de Percepção da Corrupção, referenciado como o indicador de corrupção no setor público mais utilizado no mundo (SCHRECK, 2020). Cumpre esclarecer que o referido ensaio se destina a mensurar as percepções que especialistas e executivos da empresa têm sobre o grau de corrupção existente no setor público dos países avaliados, o que atualmente totaliza 180 países. De acordo com esse levantamento, o desempenho obtido pelo Brasil pode ser assim ilustrado:

Tabela 1 – Desempenho do Brasil no Índice de Percepção da Corrupção

Ano	Nota	Posição global
2012	43	69°
2013	42	72°
2014	43	69°
2015	38	76°

Ano	Nota	Posição global
2016	40	79°
2017	37	96°
2018	35	105°
2019	35	106°
2020	38	94°

Fonte: Transparência Internacional Brasil (2021).

Evidenciado, como se vê, que a percepção dos especialistas sobre o grau de corrupção no Brasil vem aumentando, independentemente de a gestão política ser conduzida por partidos de esquerda, de centro ou, ainda, de direita, como se proclama o atual presidente. Contudo, o propósito deste estudo não está relacionado a esse debate, razão pela qual o aprofundamento da crítica fica para outro momento, prosseguindo com outras percepções sobre o indicador mencionado.

Até a data de conclusão deste artigo, o último Índice de Percepção da Corrupção havia sido publicado em 2020, e, conforme demonstrado pela tabela acima elencada, o Brasil alcançou a pontuação 38 em 100 possíveis, o que o colocou na desonrosa 94ª posição entre os 180 países avaliados. Dessa forma, se compararmos os países da América do Sul, o Brasil está atrás de Uruguai (nota 71), Chile (nota 67), Argentina (nota 42) e Colômbia/Equador (nota 39), e à frente apenas de Bolívia (nota 31), Paraguai (28) e Venezuela (15). Além disso, a pontuação do Brasil foi inferior à média regional para a América Latina e o Caribe (calculada em 41) e à média mundial (apurada em 43), o mesmo ocorrendo em relação à média dos países do G20 (estabelecida em 54) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (fixada em 64); e até mesmo Cuba, com seu regime ditatorial, foi mais bem pontuada (nota 47) e classificada (63ª posição) (BRASIL..., 2020).

2.2 A Lei n. 12.846/2013 e o acordo de leniência: ferramentas ao combate à corrupção com foco na pessoa jurídica

Para tentar reverter esse cenário catastrófico, a Lei n. 12.846/2013 regulou mais um regime de combate à corrupção, de caráter

complementar às normas do Código Penal, da Lei de Ação Popular, da Lei de Improbidade e outras já existentes. O referido diploma normativo se destina a internalizar no Direito brasileiro as regras da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris em 1997, ratificada pelo Decreto Legislativo n. 125/2000 e promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 3.678/2000. A aludida lei foi denominada por doutrinadores (FILHO, 2013) como Lei Anticorrupção, ou ainda como Lei Anticorrupção Empresarial, e foi influenciada por normas similares dos Estados Unidos (Foreign Corrupt Practices Act – FCPA) e do Reino Unido (UK Antibribery Act).

A Lei n. 12.846/2013 tem natureza eminentemente administrativa, haja vista que não possui comandos penais e se destina à responsabilização, exclusivamente, das pessoas jurídicas. Marçal Justen Filho (2013) leciona que a aludida lei criou a responsabilização administrativa, a qual se orienta pelo sancionamento de indenizações pelo descumprimento de deveres impostos pela relação de direito administrativo, sem a intervenção do Poder Judiciário.

Dessa forma, entende-se que a Lei Anticorrupção Empresarial tem como propósito o endurecimento no combate à corrupção na perspectiva da pessoa jurídica corruptora. Cumpre esclarecer que até a edição do referido diploma normativo o foco da perseguição estatal era o agente público que patrocinava ou se beneficiava do seu ofício para a realização de negociatas espúrias, situação combatida pela Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), enquanto a pessoa jurídica corruptora era beneficiada, porém não responsabilizada, pela prática dos atos de corrupção, devendo ser ressaltado que a responsabilização recaía sobre os administradores e funcionários da respectiva empresa. Assim, percebe-se que a Lei Anticorrupção Empresarial preencheu essa lacuna normativa (CUNHA; SOUZA, 2020, p. 13).

O acordo de leniência é tido como uma inovação trazida pela Lei n. 12.846/2013, contudo cumpre esclarecer que o referido pacto não representa uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que foi inicialmente disciplinado pelo art. 35-B da Lei n. 8.884/1994. O referido dispositivo foi posteriormente revogado pelo art. 127 da Lei n. 12.529/2011, todavia a aludida legislação preservou o instituto, disciplinando-o nos arts. 86 e 87 desse mesmo diploma normativo.

Destaca-se que o propósito do acordo de leniência é servir como uma ferramenta capaz de contribuir com a detecção, a investigação, a obtenção de provas e, consecutivamente, a condenação pelo cometimento de violações administrativas e civis, além de auxiliar na recuperação de prejuízos causados aos cofres públicos. É através desse instrumento que a pessoa jurídica corruptora admite a sua participação no ilícito, além de se comprometer a apontar os fatos, esclarecer as informações, apresentar os documentos, indicar os demais participantes, delimitar o período e o objeto da conduta ilícita, ou seja, revelar todos os elementos necessários para demonstrar a existência de conluio contra a Administração Pública. Com a celebração do acordo de colaboração, a pessoa jurídica signatária recebe em contrapartida, como benefício, a redução das multas e demais sanções que seriam aplicáveis (FILHO; TREVELIN, 2020, p. 6).

Embora contenha avanços, a Lei Anticorrupção Empresarial também possui falhas, como prever no art. 9º, *caput*, que, no âmbito federal, a Controladoria-Geral da União concentrará a competência para instaurar, conduzir e julgar o processo administrativo, em clara violação ao princípio da imparcialidade (FILHO, 2013).

Cumprir esclarecer que a imparcialidade é uma garantia de justiça para as partes e, embora não esteja expressa, é uma garantia constitucional, devendo ser ressaltado que o referido princípio tem caráter internacional, inclusive com previsão no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual possui a seguinte redação:

Artigo 10 - Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A referida crítica, embora não trate sobre o objeto do presente estudo, é pertinente para demonstrar que há na Lei n. 12.846/2013 falhas legislativas que necessitam de revisão.

Dessa forma, a Lei Anticorrupção Empresarial também teria falhado ao não prever, no âmbito da União, a legitimidade do Ministério Público Federal para a propositura dos acordos de leniência? De acordo

com o art. 16, § 10, da Lei Anticorrupção Empresarial, a celebração dos acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira, é atribuição exclusiva da Controladoria-Geral da União.

3 O Ministério Público Federal e o acordo de leniência

3.1 A interpretação constitucional sobre o papel do Ministério Público no combate à corrupção e a exegese de outros diplomas normativos

A atuação do Ministério Público no combate à corrupção foi consagrada pela Constituição Federal de 1988 ao estabelecer no art. 127 como sua praxis a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (MOHALLEM; RAGAZZO, 2017). Além disso, o art. 129, inciso III, determina que o Ministério Público tem como função “a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”; e assim podemos conjugar o referido comando com o disposto no inciso IX do mesmo dispositivo, com o intuito de compreendermos que é permitido ao Órgão Ministerial exercer outras funções, desde que compatíveis com a sua finalidade. Ademais, o art. 6º, inciso XIV, alínea f, da Lei Complementar n. 75/1993 tem previsão semelhante, pois autoriza o Ministério Público Federal a adotar ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, notadamente quanto à probidade administrativa.

Apenas por esse raciocínio introdutório verifica-se, desde já, que, embora a Lei n. 12.846/2013 não contemple textualmente o Ministério Público Federal como legitimado para a propositura do acordo de leniência, não há razão para afastar a sua atuação. Aliás, exatamente nesse sentido já se decidiu:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ACORDO DE LENIÊNCIA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. VALIDADE DA AVENÇA. INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO PROVIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

1. A decisão recorrida não indeferiu a homologação do acordo de leniência entre a empresa recorrente e o MPF, na Seção Judiciária do Paraná, mas, sobre questionar a legitimidade do MPF, entendeu ser necessária, antes disso, a participação da União e da Valec, na premissa de que teriam interesse subjetivo a ser preservado com o resultado do que fora acordado, condicionantes que não devem prevalecer.
2. O acordo de leniência, concebido a partir de atitudes colaborativas das empresas, que admitem as faltas e se comprometem a implementar mecanismos internos que melhorem a integridade e auditoria na sua gestão e organização (programa de compliance), prevenindo novos atos lesivos que faltem com a ética e a moral na administração pública, é adotado pela Lei 12.846, de 01/08/2013 (Lei Anticorrupção).
3. Como instrumento (um dos) de combate à corrupção, com controles, mas sem grandes entraves formais, acarreta à empresa alguns benefícios, como a isenção de algumas sanções, mas implica compromissos, em ordem a que possa tocar a sua atividade em novos padrões éticos e de conduta (Lei 12.846/2013 – art. 16, IV), sem prejuízo da obrigação de reparar integralmente o dano (art. 16, § 3º).
4. O acordo de leniência em causa foi entabulado entre a Camargo Corrêa e o MPF, em 17/08/2015, no âmbito da operação denominada “Lavajato”, no Estado do Paraná, no que tange a fatos relacionados à empresa Valec S/A e ao suposto desvio de verbas para a construção da Ferrovia Norte-Sul (operação “trem pagador”).
5. A empresa se obriga a pagar multa cível em seu nome, e de todos os seus prepostos beneficiados, em decorrência das infrações e ilícitos narrados nos anexos ao Termo de Leniência, no valor de R\$700.000.000,00 (setecentos milhões de reais), além de outras obrigações, nos termos do art. 16 da Lei 12.846/2013.
6. Não se vislumbra em que ponto o acordo, para ser homologado, imprescindiria do aprova da União ou da Valec, pois os compromissos acordados não comprometem nem atingem direito subjetivo de nenhuma delas, dentro da premissa de que as avenças realizadas o foram no âmbito da legitimação penal e cível do MPF, vista esta (a cível) em razão das ações de improbidade administrativa das quais seja autor e, em especial, a que tramita na 3ª Vara Federal de Anápolis, da qual é o único autor.
7. A homologação não constitui um juízo de mérito de todas as cláusulas do acordo, mas somente um exame externo de legalidade, no que

se distingue da aprovação, podendo o acordo ser rescindido, como previsto na Cláusula 15, sem prejuízo de que, a tempo e modo, nas ações judiciais aonde vier a ser inserido, um ou outro capítulo possa ser rediscutido.

8. O MPF detém legitimidade para promover tal acordo, nos termos do art. 129, IX, da Constituição, que lhe atribui a tutela do patrimônio público, sob a ótica da proibidade administrativa, tanto assim que tal legitimidade integra as competências constantes do art. 6º, XIV, f, da LC 75/1993, podendo ser considerado como a autoridade máxima a que se refere a Lei 12.846/2013 (art. 16).

9. Legitimidade do MPF. Possibilidade de homologação do acordo de leniência independentemente da audiência prévia da VALEC, da União ou de qualquer outra entidade.

10. Provimento aos agravos de instrumento. (Grifo nosso).^[4]

Não obstante a exegese acima apresentada, Cunha e Souza (2020, p. 196) destacam ainda a aplicação, por analogia, de disposições relacionadas a competência, formalidades, homologação do acordo, entre outras presentes nas Leis n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), e, em decorrência dos comandos presentes nas referidas normas, defendem a legitimidade do Ministério Público para a propositura do acordo de leniência.

Também se pode inferir que o acordo de leniência celebrado pelo Ministério Público tende a ser mais atraente para todos os envolvidos na negociação do aludido pacto. E assim se entende porque o Ministério Público detém visão mais ampla dos fatos, notadamente por promover privativamente a ação penal (art. 129, I, da CRFB/88), o que lhe confere acesso mais alargado que a investigação conduzida por outros órgãos de controle, além de poder propor o acordo de colaboração premiada aos representantes da pessoa jurídica, ressaltando que a Lei Anticorrupção Empresarial não contempla pessoas físicas. Assim, pelo lado do interesse público destaca-se a possibilidade de selecionar com mais critério as informações que têm de fato relevância para a colaboração, e que delineiem com precisão a responsabilidade da pessoa jurídica e física corruptora, enquanto pelo lado da contraparte o interesse ganha relevo à medida que o Órgão Ministerial tem poder de barganha na redução das reprimendas penais cabíveis aos administradores, diretores, entre outros.

Exatamente nesse sentido, a Procuradoria-Geral da República se manifestou na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5466/DF, conforme se verifica no trecho do parecer a seguir colacionado:

Em investigações, sobretudo as complexas, com possibilidade de emprego de instrumentos como a colaboração premiada (regida pela Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013), é fundamental a participação do Ministério Público nos acordos de leniência, a fim de que possa aquilatar os efeitos globais do acordo sobre a responsabilidade de pessoas físicas e jurídicas, para além da esfera administrativa. Apenas o Ministério Público pode ter visão de conjunto dos fatos, por conhecer as investigações criminais, naturalmente mais amplas e com possibilidade de conterem elementos até então sigilosos. Os órgãos de controle interno e externo não têm condição de realizar tal avaliação, devido a seu raio de ação mais restrito do que o do Ministério Público, que deve atuar tanto no campo cível (por ações civis públicas e ações por improbidade administrativa, para defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa) quanto no criminal. Não podem a Advocacia-Geral da União e a Controladoria-Geral da União, por exemplo, avaliar se determinada proposta de acordo de leniência contempla todos os elementos em poder do Ministério Público Federal e se traz informações inéditas e relevantes para esclarecimento dos fatos, devido à impossibilidade de acesso desses órgãos do Executivo a elementos sigilosos contidos em investigações criminais.

Para isso, ademais, a Constituição da República atribuiu independência funcional aos membros do Ministério Público, precisamente a fim de que não se submetam a pressões políticas e de outras ordens, que os órgãos da intimidade do Executivo nem sempre logram evitar. É essencial que acordos de leniência tenham participação do Ministério Público, seja como parte, seja como fiscal da ordem jurídica (custos legis), a fim de que possa ter conhecimento de seus termos e impugnar judicialmente aqueles que se divorciarem da Constituição e das leis.

A possibilidade de acordos de leniência sem participação nem fiscalização do Ministério Público é contraproducente para a própria finalidade da Medida Provisória 703/2015. Se o MP constatar ilicitude em um desses acordos, decerto tomará medidas para invalidá-los. Essa possibilidade gera insegurança jurídica para as próprias empresas potencialmente interessadas, pois os benefícios acordados poderiam vir a ser suspensos ou cassados e seus dirigentes poderiam ser acusados criminalmente, a depender das circunstâncias. Essa, por sinal, é

talvez uma das causas para não ter havido, até agora, nenhum acordo de leniência firmado com base na medida provisória. As empresas potencialmente interessadas percebem que o modelo da medida provisória é intrinsecamente precário e inseguro, ao alijar o Ministério Público das negociações. (Grifo nosso).^[2]

3.2 As propostas legislativas atinentes à modificação da participação do Ministério Público no acordo de leniência

Com o propósito de alterar a omissão textual quanto à participação do Ministério Público nos acordos de leniência, em 2015 o senador Ricardo Ferraço sugeriu a alteração da Lei n. 12.846/2013 para contemplar tal possibilidade, por meio do PLS n. 105/2015. Embora a justificativa do referido projeto de lei tenha tratado sobre a relevância da participação do *Parquet* em todas as fases do referido procedimento, a aludida proposta não previu a legitimidade do Órgão Ministerial para a propositura do acordo de leniência, pois se limitou a condicionar a celebração do pacto à apreciação do Ministério Público. O projeto foi aprovado e encaminhado para a Câmara dos Deputados, onde foi autuado como PL n. 3.636/2015.

Cumprido esclarecer que a proposta do Senado sofreu algumas emendas, e, no que respeita à atuação do Ministério Público no acordo de leniência, o texto atual prevê que poderão ser firmados acordos com ou sem a participação do Ministério Público. A última movimentação no processo legislativo da referida proposta ocorreu em 19 de outubro de 2020, quando o PL n. 3.636/2015 foi apensado ao PL n. 1.330/2020. Observa-se que, mesmo diante das alterações legislativas propostas, a omissão quanto à atuação do Ministério Público na propositura dos acordos de leniência permanece.

4 Conclusão

Ainda que a Lei n. 12.846/2013 e as propostas de alterações da referida legislação não contemplem a legitimidade do Órgão Ministerial para a celebração dos acordos de leniência, observou-se através deste estudo que a celebração dos referidos pactos pelo Ministério Público Federal encontra-se validada pelas suas atribuições constitucionais,

além dos dispositivos constantes da Lei Complementar n. 75/1993 e das Leis n. 7.347/1985 e n. 8.078/1990.

Ademais, essa atuação é disciplinada por orientações elaboradas pela Procuradoria-Geral da República, por meio de estudos e notas técnicas da 2ª e da 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão, órgãos incumbidos da coordenação, da integração e da revisão do exercício funcional dos membros do Ministério Público Federal, respectivamente, na área criminal e na área de combate à corrupção, nos feitos relativos aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei n. 8.429/1992, nos crimes praticados por funcionário público ou particular (arts. 332, 333 e 335 do Código Penal) contra a Administração em geral, inclusive contra a administração pública estrangeira, bem como nos crimes de responsabilidade de prefeitos e de vereadores previstos na Lei de Licitações. Destaca-se, inclusive, que se encontra disponível na internet um sítio com todas essas informações (BRASIL, 2019).

Por derradeiro, através do painel eletrônico mantido pelo Ministério Público Federal, obtém-se a informação que de 2014 até outubro de 2021 foram celebrados pelo órgão 41 acordos de leniência, os quais somam o montante de R\$ 24.510.403.830 (BRASIL, 2021b). Ficam evidenciados, como se vê, os resultados superlativos alcançados pelos membros e servidores do Ministério Público Federal no combate à corrupção, devendo ser ressaltado que qualquer proposta que resulte no enfraquecimento da autonomia do Órgão Ministerial e das suas funções, como a recente discussão da PEC n. 5/2021, causará indubitavelmente o enfraquecimento da atuação da instituição em todas as suas atividades, inclusive no combate à corrupção.

Referências

BRASIL mantém patamar “muito ruim” em ranking de corrupção. **Deutsche Welle**, [s. l.], 28 jan. 2021. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/brasil-mant%C3%A9m-patamar-muito-ruim-em-ranking-de-corrup%C3%A7%C3%A3o/a-56371489>. Acesso em: 7 out. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Acordos de leniência celebrados pelo MPF no âmbito da Lava Jato já devolveram mais de R\$ 6 bilhões para os cofres públicos. **Ministério Público Federal no Paraná**, Curitiba, 24 jun. 2021a. Notícias. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/>

sala-de-imprensa/noticias-pr/valor-devolvido-aos-cofres-publicos-em-leniencias-com-o-mpf-ultrapassam-r-6-bilhoes. Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Acordos de leniência**: Paine 1. Brasília: MPF, 2021b. Disponível em: <https://sig.mpf.mp.br/sig/servlet/mstrWeb?evt=3140&src=mstrWeb.3140&documentID=DE8159D411EA799D1A090080EF2586DD&Server=MSTRIS.PGR.MPF.MP.BR&Project=Unico&Port=0&share=1>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Guia prático 5ª CCR**: acordos de leniência. Brasília: MPF, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/>. Acesso em: 12 de outubro de 2021.

CAULYT, Fernando. Custo Brasil espanta empresas estrangeiras. **Deutsche Welle**, [s. l.], 3 abr. 2015. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/custo-brasil-espanta-empresas-estrangeiras/a-18358365>. Acesso em: 6 out. 2021.

CNJ debate estratégias de combate à corrupção; Brasil perde cerca de R\$ 200 bilhões com desvios. **Associação dos Magistrados Brasileiros**, Brasília, 23 nov. 2020. Notícias. Disponível em: <https://www.amb.com.br/cnj-debate-estrategias-de-combate-a-corrupcao-brasil-perde-cerca-de-r-200-bilhoes-com-desvios/>. Acesso em: 10 out. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. **Lei Anticorrupção Empresarial**: Lei 12.846/2013. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUSTO da corrupção no Brasil chega a R\$ 69 bi por ano. **Portal Fiesp**, São Paulo, 13 maio 2010. Notícias. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano/>. Acesso em: 6 out. 2021.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Viena: UNODC, 2003. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>. Acesso em: 7 out. 2021.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. UNODC e corrupção. **UNODC**, Brasília, [20--?]. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corrupcao/index.html>. Acesso em: 6 out. 2021.

FILHO, José Inácio F. de Almeida Prado; TREVILIN, Bruna Sellin (org.). **Acordos e políticas de leniência**: contribuição para o diálogo e a harmonização. São Paulo: Singular, 2020. *E-book*.

FILHO, Marçal Justen. A “nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846). **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 82, dez. 2013.

LOPES, Elizabeth; AFFONSO, Julia. Corrupção desvia R\$ 200 bi, por ano, no Brasil, diz coordenador da Lava Jato. **Estadão**, São Paulo, 15 set. 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corruptcao-desvia-r-200-bi-por-ano-no-brasil-diz-coordenador-da-lava-jato/>. Acesso em: 6 out. 2021.

LOVASZ, Agnes. Decepção da Ikea na Ucrânia mostra derrota para a corrupção. **Exame**, [s. l.], 31 mar. 2014. Disponível em: <https://exame.com/negocios/decepcao-da-ikea-na-ucrania-mostra-derrota-para-a-corrupcao/>. Acesso em: 6 out. 2021.

MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (coord.). **Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18167/Diagn%C3%B3stico%20institucional%20-%20primeiros%20passos%20para%20um%20plano%20nacional%20anticorrupt%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 9 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 9 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Nova York: ONU, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 13 out. 2021.

SCHRECK, Uly. IPC: confira os níveis de percepção da corrupção no setor público mundial. **Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 30 jan. 2020. Disponível em: <http://conaci.org.br/noticias/ipc-confira-os-niveis-de-percepcao-da-corrupcao-no-setor-publico-mundial/>. Acesso em: 7 out. 2021.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice de Percepção da Corrupção**. [S. l.]: Transparência Internacional, 2021. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 7 out. 2021.

Notas

- [1] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Quarta Turma). **AI 0019619-52.2017.4.01.0000/GO**. Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes. Julgado em 20.8.2019, publicado em 5 set. 2019.
- [2] BRASIL. Ministério Público Federal. **Parecer n. 84.233/2016-AsJConst/SAJ/PGR, de 25 de abril de 2016**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4920496>. Acesso em: 12 out. 2021.

Estudos preliminares sobre o cabimento de ações coletivas passivas na Justiça do Trabalho

Hermano Martins Domingues^[1]

Procurador do Trabalho. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Resumo: Apesar de ao menos desde 1932 haver procedimentos para solução coletiva de demandas na área trabalhista, o Processo do Trabalho brasileiro foi originado e estruturado para a solução de demandas individuais. As críticas a um suposto excesso de litigiosidade na área trabalhista têm contribuído para alterações legislativas que cerceiam o acesso à Justiça dos hipossuficientes, como a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), julgada parcialmente inconstitucional pelo STF na ADI n. 5766. De modo a reduzir o número de processos, sem comprometer a utilização do Judiciário como mecanismo de efetivação de direitos sociais, o presente artigo pretende apresentar estudos preliminares sobre a possibilidade de utilização de ações coletivas passivas na Justiça do Trabalho como forma de reparar lesões ou ameaça de lesões a direitos ou interesses trabalhistas por coletividades organizadas em categorias por meio dos sindicatos. Esses possuem legitimidade constitucional para defesa dos filiados e não filiados (art. 8º, III, da CF), além de serem estruturados de acordo com o princípio da unicidade (art. 8º, II, da CF), de terem prerrogativa de defesa de direitos metaindividuais e individuais reconhecida pelo STF (Tema n. 823 de Repercussão Geral) e de possuírem autorização legislativa para atuar como substitutos das categorias no art. 3º da Lei n. 8.073/1990 e art. 611-A, § 5º, da CLT.

Palavras-chave: processo do trabalho; ações coletivas passivas; processo coletivo; ações coletivas.

Sumário: 1 Introdução – Ações coletivas passivas, uma alternativa para o excesso de litigiosidade na área trabalhista? 2 As ações coletivas como meio de efetivação de direitos sociais. 3 Conceito de ações coletivas passivas. 4 Ações coletivas passivas no Brasil: quem será o representante adequado? 5 Caso Walmart: a representatividade adequada como obstáculo

ao acesso à Justiça pelas minorias na área trabalhista nos EUA. 6 Quem seriam os legitimados ativos? 7 Coisa julgada e *right to opt out*. 8 Alguns casos de ações coletivas passivas na Justiça do Trabalho brasileira. 9 Conclusões.

1 Introdução – Ações coletivas passivas, uma alternativa para o excesso de litigiosidade na área trabalhista?

O Processo Civil brasileiro foi originado e estruturado historicamente para a solução de conflitos individuais, ou seja, nele os legitimados processuais são os titulares do direito material (THIBAU, 2003, p. 12). Da mesma forma, a Justiça do Trabalho, desde a sua criação, atua preponderantemente no julgamento de reclamações individuais com a condenação das empresas que não cumprem a lei após extinto o contrato de trabalho^[2] (BROD, 2015, p. 23).

A atomização processual no campo laboral é intrigante porque os conflitos coletivos trabalhistas possuem procedimentos especiais de solução ao menos desde 1932,^[3] quando ainda engatinhava o Processo Coletivo no Brasil. No entanto, a atuação judicial dos legitimados coletivos, especialmente os sindicatos, foi restrita pela Súmula 310 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), cancelada apenas em 2003. Apesar de a Lei de Ação Civil Pública (LACP) datar de 1985, a primeira ação civil pública (ACP) proposta pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) no âmbito do TST ocorreu apenas em 1993 para a defesa do meio ambiente de trabalho dos mergulhadores da Petrobras (ACP 92867/1993). Todavia, aquela corte negou legitimidade e interesse de agir ao MPT, só tendo esses sido reconhecidos posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (MELO, 2020).

Percebe-se que, embora os direitos trabalhistas sejam direitos coletivos^[4] por excelência (art. 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor – CDC) e haja instrumentos para tratar de forma coletiva os litígios trabalhistas (microsistema de tutela coletiva e dissídios coletivos), a judicialização das matérias é feita predominantemente pelo escopo individual. Como consequência, há um alto grau de litigiosidade judicial que faz surgir mitos como de que o Brasil teria mais ações trabalhistas do que o resto do mundo, como o “mito dos 98%”^[5] (FERNANDES, 2021, p. 253).

A resposta legislativa ao suposto excesso de litigiosidade tem vindo por meio do cerceamento do acesso à Justiça pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/1917), com a limitação da Justiça gratuita (art. 790, §§ 3º e 4º, da CLT). Ademais, com a possibilidade de condenação do reclamante, ainda que beneficiário dessa gratuidade, ao pagamento de honorários advocatícios (art. 791-A, § 4º, da CLT) e periciais (art. 790-B, § 4º, da CLT), regras sem paralelo no Processo Civil (art. 99 do CPC), inconstitucionais e inconvençionais para Meneghini (2021, p. 62-75) e, felizmente, derrubadas parcialmente pelo STF na ADI n. 5766.

A situação se torna mais caótica por serem raros na Justiça do Trabalho núcleos da Defensoria Pública organizados para prestar assistência aos hipossuficientes. Conforme art. 18 da Lei n. 5.584/1970, esta deveria ser prestada no âmbito trabalhista pelos sindicatos profissionais. Todavia, com a reforma trabalhista e o fim do imposto sindical, julgado constitucional na ADI 5794, grande parte dessas entidades sequer conseguem pagar suas contas,^[6] muito menos prover assistência jurídica gratuita aos desempregados.

O cerceamento do acesso à Justiça não é a resposta para a litigiosidade trabalhista, pois os vinte temas^[7] que mais justificam o ajuizamento de ações são relativos a verbas rescisórias (saldo de salário, FGTS, férias proporcionais), horas extras, adicional de insalubridade e outras parcelas inadimplidas. Sem maior responsabilização dos empregadores para que cumpram de forma espontânea a legislação,^[8] a redução do número de processos com a penalização do direito de ação não trará a pacificação social buscada pelo Direito, mas uma litigiosidade reprimida e de perigosas consequências sociais.

Analisando o contexto dos EUA, Gidi (2007, p. 391) aponta que as ações coletivas passivas, assim como as ativas, possuem grande potencial para gerar economia processual, acesso à Justiça, efetivação do direito material e desencorajamento da prática de condutas ilícitas. A grande vantagem de uma ação coletiva passiva (*defendant class action*) seria em casos em que há um padrão de conduta ilegal entre um grupo de réus semelhantemente situados, apontando o autor como exemplos escolas, penitenciárias, municípios e outros. Com apenas uma ação coletiva, seria possível obrigar todos a cumprirem a legislação por meio de tutela inibitória em apenas um único processo e única decisão, que vincularia todos os membros do grupo por meio da coisa julgada.

Aquele é, frequentemente, o caso da Justiça do Trabalho, pois as violações aos direitos trabalhistas possuem natureza predominantemente coletiva. Dificilmente o empregador deixará de fornecer equipamentos de proteção individual (EPI) a apenas um empregado; o mais comum é que todos os trabalhadores sofram a lesão, até mesmo pelo caráter coletivo desses direitos. Um agente cancerígeno, como o amianto, nunca afetará apenas um operário de uma indústria. Mesmo o trabalho escravo e as condições degradantes de trabalho no meio rural são, em regra, típicos de todos os empregadores de uma localidade, não de uma fazenda específica.

No entanto, alguns litígios coletivos trabalhistas não são locais,^[9] mas ganham contornos de irradiados e estruturais, caso se considere como estrutura a categoria econômica. Problemas crônicos de alguns setores como a falta de pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo a profissionais de limpeza (Súmula 448 do TST), o desrespeito às pausas obrigatórias do item 5 do anexo II da norma regulamentadora (NR) 17 no setor de telemarketing e a ausência de registro na carteira de trabalho na safra rural não são exclusividade de uma empresa específica, mas de toda uma categoria econômica. Além disso, há uma conflituosidade interna na categoria dos empregadores pela concorrência desleal dos que não cumprem a legislação.

Os altos índices de litigiosidade têm demonstrado que a fiscalização trabalhista preventiva e o ajuizamento de demandas coletivas ativas não têm sido suficientes para coibir a violação desses direitos. É inviável, por exemplo, ajuizar uma ação coletiva ativa contra todas as empresas de terceirização que não pagam o adicional de insalubridade em grau máximo aos profissionais de limpeza que higienizam banheiros de grande circulação. Por outro lado, em apenas uma ação coletiva passiva proposta contra sindicato, poderia ser obtida tutela inibitória que atuasse como reforço de legalidade para que fosse determinado o pagamento da parcela aos profissionais que atendessem às condições da Súmula 448 do TST, sob pena de multa. A fiscalização trabalhista poderia ser científica da decisão para que auxiliasse no cumprimento da medida.

Ademais, não se pode ignorar a prática do *dumping social*^[10] e que o excesso de litigiosidade provocado por algumas empresas é estratégia

comercial de só pagar direitos trabalhistas após a condenação em Juízo e se não obtido acordo para redução dos valores que seriam devidos conforme as normas trabalhistas.

Por combater a concorrência desleal, as ações coletivas passivas podem ser até favoráveis a alguns dos réus. Gidi (2007, p. 395-396) ensina que nas *defendant class actions* pode acontecer de um dos membros do grupo-réu intervir para auxiliar o autor. A situação ocorreria quando alguns dos membros do grupo-réu estariam dispostos a ceder aos interesses do autor, desde que os demais o façam. O exemplo dado é de uma empresa que está disposta a interromper uma prática poluidora, mas possui receio de que os concorrentes continuem a obter a vantagem competitiva com a destruição ambiental. A tutela coletiva ainda serviria para anular o pretexto de que alguns membros do grupo não poderiam parar de praticar a conduta lesiva, sob pena de serem prejudicados na concorrência com os demais.

O caso referido supra é exatamente o prevalente no Direito do Trabalho: as empresas que respeitam a legislação laboral têm interesse na procedência da demanda. Isso pode ocorrer tanto por questões humanitárias (respeito aos direitos trabalhistas dos empregados) como também econômicas, visto que as concorrentes que descumprem a legislação obtêm vantagem competitiva ilícita no mercado.

Ainda para as empresas que descumprem a legislação, as ações coletivas passivas podem ser vantajosas, como leciona Gidi:

É preciso observar que a economia atingida com as *defendant class actions* é significativa tanto para o autor da ação e para o Judiciário, como também para os membros do grupo-réu. Afinal, as despesas com a defesa coletiva são consideravelmente mais reduzidas do que a soma de todas as despesas com as defesas individuais. Não somente haverá apenas uma ação, como as despesas podem ser diluídas e divididas entre os membros do grupo. Em casos mais complexos, os membros não teriam sequer condições de fazer face às despesas com o litígio, se forem demandados individualmente. Assim, muitas vezes, permanecer no grupo é a solução mais econômica para todos. (GIDI, 2007, p. 404).

Além disso, a pacificação na jurisprudência quanto ao cabimento de ações coletivas passivas originárias contra sindicatos abriria caminho para a utilização de meios alternativos de solução de controvérsias

para todo um setor econômico por meio das entidades. Embora o art. 7º, XXVI, da CF seja bastante amplo, a utilização de acordos coletivos e convenções coletivas, em regra, se dá para regulação de matérias econômicas e jurídicas do contrato de trabalho. Seja via termo de ajuste de conduta e mediação no Ministério Público do Trabalho (MPT), seja via acordo extrajudicial com os sindicatos, os legitimados poderiam estabelecer tutelas inibitórias para temas conexos ao contrato de trabalho, como inclusão da pessoa com deficiência (PCD), reforço de garantias legais contra a discriminação e trabalho da mulher, bem como indenizações pela violação coletiva de direitos trabalhistas dos empregados.

A solução de litígios irradiados e estruturais exige o *town meeting* (VITORELLI, 2018b, p. 342) entre diferentes atores sociais e autoridades: os empregados, sindicatos, empregadores, a fiscalização trabalhista, o Judiciário, o Ministério Público, a sociedade civil, entre outros. No entanto, é impraticável uma discussão qualificada com o ajuizamento múltiplo e desconexo de ações pelos legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/1985. Por outro lado, todos os legitimados teriam disposição de participar de uma ação coletiva passiva em que se discutisse todo um setor econômico buscando soluções estruturais.

A discussão de questões comuns às empresas de forma conjunta em um mesmo processo serviria, ainda, para consolidar o papel dos sindicatos como representantes das categorias e protagonistas na transformação social. Embora o contexto brasileiro apresente severas restrições à liberdade sindical, as ações coletivas passivas proporcionariam o deslocamento de problemas estruturais dos setores econômicos das empresas para os sindicatos, o que despessoalizaria as questões e estimularia soluções por meio destes, em consonância com as Convenções 87 e 98 da OIT (*core obligations*, conforme Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, de 1998).

2 As ações coletivas como meio de efetivação de direitos sociais

Há no Brasil uma deficiência de efetividade nos direitos sociais que são previstos na Constituição e legislação, mas distantes da realidade dos cidadãos e, principalmente, das minorias. De modo a superar

esse contexto, o Estado Constitucional democrático foi pensado para promover a inclusão social e promoção da cidadania, não apenas por meio de instrumentos políticos de participação social, mas também de mecanismos jurídico-processuais eficazes para inibir a ameaça de lesão e promover a reparação dos direitos lesados, seja por condutas omissivas, seja por comissivas (THIBAU; VIANA, 2018, p. 528-529).

Dessa forma, o processo judicial passa a ser visto não apenas como um ambiente para formalização do direito de ampla defesa, mas principalmente como um instrumento de reivindicações sociais, de luta para que se garanta a concretização de direitos de todos e para que se combatam práticas juridicamente abusivas e ilícitas. Assim, passou a ser privilegiado um processo mais instrumental, menos focado nas formas e mais na efetividade, com economia processual, celeridade e instrumentalidade (THIBAU; VIANA, 2018, p. 540).

Nesse contexto, surgem as ações coletivas como parte da segunda onda renovatória de acesso à Justiça, tendo por escopo a coletivização das demandas e a análise dos conflitos de massa, transformando o acesso à Justiça em forma de efetivação de direitos sociais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Meneghini (2021, p. 134) propõe a utilização da segunda onda renovatória para concretização da justiça social trabalhista por meio dos direitos com o fortalecimento dos sindicatos, que devem ter recursos não apenas econômicos e financeiros, mas políticos para se contrapor ao poder e articulação das corporações empresariais, especialmente na seara pública e política.

3 Conceito de ações coletivas passivas

As ações coletivas passivas se originam do direito processual norte-americano, com a alteração realizada em 1966 na *Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure*, que regulamentam o processo nos tribunais federais, no contexto da efetivação dos direitos civis (VITORELLI, 2018a, p. 3). Apesar de os doutrinadores concordarem em relação à origem do instituto, seu conceito^[1] já é tormentoso e alvo de dissidências, até mesmo pelo pouco estudo^[2] do tema:

O processo coletivo passivo é um dos temas menos versados nos estudos sobre a tutela jurisdicional. Os ensaios e livros publicados

costumam restringir a abordagem à análise da legitimidade e da coisa julgada, alvos eternos dos estudiosos do direito processual coletivo. Pouco se fala sobre outros aspectos do processo coletivo, como a competência e a liquidação, assim como nada se diz sobre os aspectos substanciais da tutela jurisdicional coletiva passiva. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 29).

Segundo Didier Júnior e Zaneti Júnior (2008, p. 30), as ações coletivas passivas podem ser individuais ou coletivas (*lato sensu*), estas últimas ocorrem quando o conflito de interesses envolve duas coletividades distintas. Para sua admissibilidade, é preciso que elas sejam propostas contra um “representante adequado” (legitimado extraordinário para a defesa do direito) e que a causa se revista de interesse social. A peculiaridade das ações coletivas passivas é que, nelas, ao invés de um direito, a coletividade é sujeita a um dever ou estado de sujeição.

Desse modo, um direito coletivo pode ser relacionado a uma situação passiva individual (particular pede que empresa corrija publicidade enganosa), passiva coletiva (titular de uma patente busca impedir a reiterada violação por um grupo de empresas) e situação jurídica coletiva (categoria de empregadores postula que categoria de empregadores reajuste o salário-base). Em todas elas, há uma situação coletiva passiva e uma ação coletiva passiva (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 30).

As ações coletivas passivas podem, ainda, ser classificadas como *originais* ou *derivadas*. A ação coletiva passiva *originária* é a que dá início a um processo coletivo sem vinculação a processo anterior. Já a ação coletiva *derivada*^[13] é a que decorre de um processo coletivo anterior e é proposta pelo réu deste processo, como a ação rescisória de sentença coletiva e a ação cautelar incidental a um processo coletivo (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 31).

Vitorelli (2018a) adota conceito mais restrito,^[14] segundo o qual as ações coletivas passivas são as situações nas quais a coletividade figura como uma parte passiva de uma relação jurídica de direito material, de natureza obrigacional ou, mais frequentemente, não obrigacional, quando a coletividade é acusada de um ilícito. Assim, a sociedade teria deveres coletivos, passíveis de serem exigidos coletivamente por um terceiro, por meio de um processo em que não

figurassem todos os indivíduos do grupo, mas apenas um representante adequado (VITORELLI, 2018a, p. 302).

4 Ações coletivas passivas no Brasil: quem será o representante adequado?

Além das dificuldades conceituais, a transposição das ações coletivas passivas para o Brasil não é tarefa simples em razão das divergências de um sistema de *common law* (norte-americano) e de *civil law* (brasileiro), bem como do critério adotado pela lei americana para definir quem seria o “representante adequado”. Nos EUA, a *Rule 23* prevê que a representação em ações coletivas ativas ou passivas se dá de forma *ope judicis*, na qual o juiz, com base no caso concreto e requisitos legais genéricos (conceitos jurídicos indeterminados), define se há ou não a representação adequada. Já no Brasil, o critério é o *ope legis*, com a definição abstrata de um legitimado coletivo para a ação. Assim, nos EUA, o processo é proposto por um membro do grupo lesado contra um dos supostos causadores do dano, que irá representar toda a classe na ação. Não há um representante de qualquer dos polos eleito previamente pela legislação, mas sua verificação é feita caso a caso, sendo os ausentes no processo representados por alguém que podem desconhecer.

No caso brasileiro, por não haver previsão legal expressa no Processo Civil de quem seria o “representante adequado”, não há consenso entre os estudiosos. Há posicionamentos doutrinários no sentido de que essa ação deveria ser proposta contra o maior número possível de associações conhecidas e que as demais possam atuar como assistentes litisconsorciais (GIDI, 2007, p. 415-416); contra qualquer dos possíveis legitimados à tutela coletiva (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 31); ou pelo seu não cabimento de forma alguma no Direito brasileiro por violação do devido processo legal (VITORELLI, 2018a; 2018b).

Desse modo, a mera importação das *defendant class actions* é inviável para o Processo Civil brasileiro sem cuidadoso estudo da legislação existente ou proposta legislativa a ser aprovada no Congresso Nacional. Por aqui, a substituição processual exige previsão legal, conforme conceito encontrado na doutrina de Tereza Thibau (2003, p. 157):

Assim, do exposto até agora, já é possível, com maior segurança, sugerir um conceito para a figura da substituição processual: como espécie típica de legitimação extraordinária, que ocorre quando alguém, devidamente autorizado por lei, pleiteia, como autor ou réu, em nome próprio, pretensão alheia, figurando este legitimado como substituto (do titular do direito) e parte (principal) na ação, uma vez que o titular da pretensão defendida (substituído) deverá estar ausente nesta relação processual.

O art. 5º da Lei n. 7.347/1985, Lei de Ação Civil Pública (LACP), apenas autoriza a propositura da ação pelos substitutos processuais, mas não que eles possam defender as coletividades. Assim, temos um entrave ao desenvolvimento das ações coletivas passivas no Processo Civil.

No entanto, para Didier Júnior e Zaneti Júnior (2008, p. 27), a inexistência de texto de lei prevendo expressamente o instituto não seria obstáculo intransponível para as ações coletivas passivas porque sua permissão seria decorrência do princípio do acesso à Justiça (nenhuma pretensão pode ser afastada da apreciação do Poder Judiciário):

[...] Não admitir a ação coletiva passiva é negar o direito fundamental de ação àquele que contra um grupo pretende exercer algum direito: ele teria garantido o direito constitucional de defesa, mas não poderia demandar. Negar a possibilidade de ação coletiva passiva é, ainda, fechar os olhos para a realidade: os conflitos de interesses podem envolver particular-particular, particular-grupo e grupo-grupo. Na sociedade de massas, há conflitos de massa e conflitos entre massas.

Embora, no Processo Civil, a legitimidade passiva para as ações coletivas passivas seja alvo de acaloradas discussões doutrinárias, no Direito Processual do Trabalho ela pode ser superada. Há autorização constitucional expressa para que os sindicatos defendam os direitos e interesses coletivos ou individuais das categorias que representem no art. 8º, III, da Constituição Federal (CF): “ao sindicato cabe a *defesa* dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

A Constituição prevê, no art. 8º, VI, a obrigatoriedade da “participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho” e a unicidade sindical no art. 8º, II. O conceito de categoria é dado pelo art. 511 da CLT, podendo ser econômica, profissional ou profissional diferenciada.

Ademais, o art. 3º da Lei n. 8.073/1990 autoriza que “[a]s entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria”. Segundo Didier Júnior (2008, p. 27), esta regra seria uma autorização expressa para ações coletivas na Justiça do Trabalho.

Mesmo Vitorelli (2018a, p. 233) admite que o Processo do Trabalho é o melhor exemplo dado pela doutrina de ação coletiva passiva. Isso porque, no âmbito coletivo, seria possível que sindicatos patronais e de empregados negociassem direitos reciprocamente exigíveis de empresas e empregados vinculados à convenção coletiva. Após, o Judiciário Trabalhista poderia impor as condições às categorias representadas, sendo as coletividades, simultaneamente, titulares da relação de direito material e partes processuais. O autor consigna, ainda, que a legitimidade dos sindicatos para representar as categorias profissionais e negociar os direitos coletivamente decorreria diretamente do art. 8º, VI, da Constituição, chegando a cogitar essa situação como uma ação coletiva passiva mesmo que restrita.

Com a reforma trabalhista, o art. 611-A, § 5º, da CLT passou a prever de forma expressa legitimação extraordinária e litisconsórcio necessário dos sindicatos que representem as categorias em ação anulatória de norma coletiva. Assim, pode-se afirmar, com segurança, que, ao contrário do Processo Civil (art. 5º da LACP), no Processo do Trabalho há previsão legislativa expressa de substituição processual no polo passivo por sindicatos, independentemente de autorização.

Não obstante, o STF decidiu no Tema n. 823, sob a sistemática da repercussão geral, que os sindicatos podem atuar como substitutos processuais da categoria inclusive em direitos individuais ou “heterogêneos”:

Os sindicatos possuem ampla legitimidade extraordinária para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos. (BRASIL, 2015. Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 9.12.2015).

Em suma, a interpretação conjunta dos dispositivos constitucionais e do texto celetista dá previsão legal expressa para que os sindicatos

“defendam”, em direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, de todos os membros da referida categoria, filiados ou não à entidade, independentemente da autorização dos substituídos, sendo estes (filiados ou não filiados) vinculados pela coisa julgada.

A amplitude da legitimidade sindical tem autorizado, ao menos no polo ativo, o ajuizamento até mesmo de ações pseudocoletivas^[5] na Justiça do Trabalho. Além disso, a jurisprudência já avança para permitir até mesmo a tutela de direitos estritamente individuais pelo sindicato como substituto processual (SENA; GONÇALVES, 2019, p. 237).

5 Caso Walmart: a representatividade adequada como obstáculo ao acesso à Justiça pelas minorias na área trabalhista nos EUA

Conforme exposto, a crítica de Vitorelli (2018a, p. 299-300) à doutrina brasileira que defende a existência de *class actions* passivas no Brasil aponta que o instituto foi mal compreendido em seu contexto original: os EUA. Segundo Vitorelli (2018a, p. 300), as ações coletivas passivas seriam um fracasso nos Estados Unidos em razão da desconfiança de acadêmicos e juízes norte-americanos quanto à possibilidade de se constituir um representante adequado para o grupo.

Assim, pareceria contraditório propor a importação para o Brasil de algo que não deu certo nem mesmo no país de origem. No entanto, no presente estudo, defende-se que a análise do cabimento ou não de ações coletivas passivas seja pensada para além do Direito Federal norte-americano, até mesmo porque posicionamentos recentes da Suprema Corte daquele país têm causado uma crise nas ações coletivas trabalhistas (cf. *Walmart Stores Inc. vs. Dukes*, 2011, e *Epic Sys. Corp. vs. Lewis*, 2018) e as legislações federais brasileira e americana apresentam requisitos muito diferentes de representação adequada, já expostos.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, será apresentado um breve resumo do caso *Walmart Stores Inc. vs. Dukes*: 564 US 338 (2011). Com este, pretende-se demonstrar que, embora o sistema norte-americano seja a referência mundial para as ações coletivas, e estas tenham tido

uma importância histórica na efetivação de direitos civis, seu conceito subjetivo de "representação adequada", além da dificuldade fática em se demonstrar "questões comuns", pode ser um entrave para acesso das minorias ao sistema de tutela coletiva na área trabalhista.

Antes de adentrar no caso, cabe contextualizar que o grupo Walmart é o segundo maior empregador mundial e o maior empregador privado do mundo, possuindo cerca de 2,3 milhões de funcionários, número que apenas é superado pelos 3,2 milhões de funcionários do Departamento de Defesa dos EUA (WIKIPEDIA, 2022a). Além disso, seu faturamento global, de cerca de US\$ 559,15 bilhões em 2020 (DOBOSZ, 2021), é maior do que o PIB da Argentina, o 25º do mundo (WIKIPEDIA, 2022b).

No precedente em análise, a ação coletiva ativa judicial foi iniciada em 2000, quando Betty Dukes (mulher negra de 54 anos) e cinco outras mulheres ajuizaram uma ação coletiva como representantes de todas as mulheres que trabalhavam e que já haviam trabalhado no Walmart após 26.12.1998. A Corte Distrital e Corte de Apelação certificaram a ação para cerca de 1,5 milhão de mulheres, o que tornou essa a maior *class action* da história dos EUA (SKELTON, 2011).

A causa de pedir era que as políticas do Walmart empregadas nacionalmente resultariam em menores pagamentos para mulheres em posições semelhantes e maior espera por promoções em comparação com os homens, o que violaria o título VII do *Civil Rights Act of 1964* em razão de discriminação contra as mulheres. Essa seria causada por uma grande discricionariedade dos gerentes (majoritariamente homens) para decidir sobre promoções e pagamentos (aumento de 2 dólares/hora do salário), o que teria sido comprovado por prova estatística (SKELTON, 2011).

Não existiria, assim, uma política corporativa em desfavor das mulheres, mas a discricionariedade dos gerentes seria exercida de maneira desproporcional em favor dos homens, o que geraria um impacto desproporcional para as empregadas. O Walmart estaria ciente desse efeito e a recusa em retirar o poder de decisão subjetivo dos gerentes seria um tratamento desigual. Os pedidos eram tutela cautelar e declaratória, danos punitivos e pagamentos retroativos em razão de discriminação e violação ao título VII do *Civil Rights Act of 1964* (SKELTON, 2011).

A ação coletiva ativa foi certificada com fundamento na *Rule 23*, (b)(2),^[16] ou seja, quando a parte contrária se recusa a agir de modo uniforme em relação a todos os integrantes da classe e a medida cautelar final ou a medida declaratória correspondente é apropriada, respeitando a classe como um todo. Conforme resume Vitorelli sobre o cabimento de *class actions* nos EUA (VITORELLI, 2018a, p. 300),

De acordo com o texto, uma ação coletiva poderia ser proposta contra um grupo quando as defesas do representante forem típicas da defesa do grupo. É que, nos Estados Unidos, o legitimado coletivo não é uma entidade diversa das pessoas afetadas, como no Brasil, mas uma das vítimas. A *Rule 23* pressupõe que a identidade entre representante e representados é um elemento essencial para garantir a qualidade da representação. Se o representante agir mal, estará prejudicando a si mesmo, não apenas aos representados. Alinham-se os interesses de quem atua e de quem está ausente do processo, pela circunstância de que, no final, ambos terão o mesmo destino. Esse requisito da tipicidade está no item (a)(3) da norma.

Após, a *Rule 23* dispõe sobre três tipos de ações coletivas que, em tese, poderiam ser ativas ou passivas, indistintamente: as situações em que a multiplicidade de decisões em processos individuais poderia exigir da parte contrária comportamentos contraditórios em relação aos diferentes membros do grupo (b)(1)(A) ou prejudicar o exercício do direito pelas pessoas que não fazem parte do processo (b)(1)(B); aquelas em que a parte contrária se recusa a agir de modo uniforme em relação a todos os integrantes da classe, previsão derivada da necessidade de mecanismos processuais para coibir a segregação racial, na década de 1960 (b)(2); e as situações em que as questões comuns, de fato ou de direito, que derivam dos pleitos dos integrantes da classe predominam sobre as individuais e a ação coletiva é o meio mais eficaz para a decisão da controvérsia (b)(3). (Grifo nosso).

A *Opinion*^[17] foi redigida pelo justice Scalia, tendo sido desfavorável às demandantes, negando a qualificação da ação como *class action*. A Suprema Corte considerou que a *Rule 23*, (a)(2), requer que a parte que busca a certificação de classe prove que há questões de direito ou de fato comuns e que elas não estavam presentes no caso. Teria faltado prova de que o empregador tivesse atuado com uma política geral de discriminação, até mesmo porque o Walmart possuiria políticas contra a discriminação de gênero e penalidades para descumprimento (SKELTON, 2011).

Além disso, as demandantes só comprovaram que os supervisores locais teriam discricionariedade sobre questões trabalhistas. No entanto, isso não quer dizer que todas as empregadas tenham uma reivindicação comum em razão do tamanho e alcance geográfico do Walmart, e a tentativa de se mostrar esse direcionamento por meio de estatísticas teria sido insuficiente, pois teve por base apenas um pequeno número do universo de representadas:

*In this case, proof of commonality necessarily overlaps with respondents' merits contention that Walmart engages in a pattern or practice of discrimination. [Footnote 7]. That is so because, in resolving an individual's Title VII claim, the crux of the inquiry is "the reason for a particular employment decision," Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond, 467 U. S. 867, 876 (1984). Here respondents wish to sue about literally millions of employment decisions at once. **Without some glue holding the alleged reasons for all those decisions together, it will be impossible to say that examination of all the class members' claims for relief will produce a common answer to the crucial question why was I disfavored.***^[18] (SKELTON, 2011, grifo nosso).

Por fim, pedidos de compensação monetária e de indenização individual não poderiam ser certificados perante a Rule 23, (b)(2). Esta se aplicaria apenas quando um único recurso indivisível atenderia cada membro da classe. A história e estrutura da regra demonstrariam que reivindicações monetárias individualizadas pertenceriam à Rule 23, (b)(3), e deveriam ser processadas por meio de seu procedimento (que inclui a notificação obrigatória e o *right to opt out*) (SKELTON, 2011).

A justice Ginsburg divergiu em parte da *Opinion*, tendo sido acompanhada pelos justices Breyer, Sotomayor e Kagan (votação 5x4). Concordaram que a ação realmente não deveria ter sido certificada na *Federal Rule of Civil Procedure* 23, (b)(2), pois a alegação dos demandantes de discriminação buscando indenização seria meramente incidental às tutelas cautelar e declaratória. A ação poderia ter sido certificada na Rule 23, (b)(3), se os demandantes demonstrassem que as questões comuns predominam sobre as individuais e que uma ação coletiva seria "superior" a outras medidas judiciais, mas essa questão não estaria submetida à Corte.

No entanto, a Rule 23, (b)(2), não exige que todas as questões jurídicas ou de fato sejam comuns, com apenas uma questão comum já

bastando para satisfazer o requisito. No caso, haveria essa questão comum em razão de as demandantes serem mulheres que alegavam ser discriminadas em razão do gênero por critérios subjetivos. As decisões sobre pagamento e promoções ficariam nas mãos de uma gerência quase totalmente masculina, o que prejudicaria as mulheres por se pressupor que elas se dedicariam mais aos maridos e aos filhos (para a maioria dos gerentes, o candidato ideal é aquele com características similares às do gestor).

As provas demonstrariam que as mulheres seriam 70% da força de trabalho, mas ocupariam apenas 33% dos cargos de gerência no Walmart. A proporção feminina decresceria conforme se subiria no escalão da empresa, situação já analisada no precedente *Ledbetter vs. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U. S. 618, 643 (2007), em que a *justice Ginsburg* também divergiu da Corte.

As práticas discriminatórias aconteceriam e justificariam a proteção do Título VII do *Civil Rights Act* não apenas quando intencionais, mas também quando os resultados produzidos fossem discriminatórios (fez-se referência ao caso *Watson vs. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U. S. 977, 988, 991 - 1988). A Corte deveria se concentrar no que une os demandantes, não no que os separa.

Em suma, a discussão na Suprema Corte foi se o pleito das demandantes era de natureza metaindividual ou "heterogênea", tendo prevalecido esta posição. No Brasil, a defesa por sindicatos de direitos "heterogêneos", por meio de ações coletivas, foi avalizada pelo STF no Tema n. 823 de repercussão geral, já analisado, tendo o Supremo a autorizado em razão da redação do art. 8º, III, da Constituição.

Contextualizando para o Brasil, há crítica na doutrina ao critério adotado no art. 5º da Lei n. 7.347/1985 para legitimidade ativa em ações coletivas por pressupor que o representante adequado poderia ser estabelecido de forma abstrata e apriorística pela lei, sem possibilidade de análise do caso concreto pelo juiz. A exigência de representação adequada não viria apenas da legislação infraconstitucional, mas das normas constitucionais sobre o devido processo legal, não podendo haver confusão entre os conceitos de legitimidade e representação processual adequada (BROD, 2015, p. 28-30).

Por outro lado, Thibau e Viana (2018, p. 549) defendem o modelo brasileiro, pois entendem que o estabelecimento prévio de rol de legitimados seria vantajoso em relação às *class actions* americanas para proteção das minorias. Caso o sistema se ancorasse na representatividade adequada, dificilmente os grupos vulneráveis conseguiriam obter sujeito interessado e escritório de advocacia com notória experiência para a propositura da ação coletiva (requisitos da *Rule 23*). Ademais, a contratação desse profissional do Direito seria presumivelmente dispendiosa e a Corte ainda iria julgar as condições financeiras, intelectuais e instrumentais do grupo para promover a adequada representação dos interesses coletivos.

A análise do caso Walmart, sem ter qualquer pretensão de esgotar o tema, demonstra as vantagens do sistema brasileiro em relação ao previsto no Direito Federal norte-americano ao menos na área trabalhista. Percebe-se que, embora o Direito Federal dos EUA seja uma referência histórica no uso de ações coletivas em prol dos direitos civis, precedentes recentes da Suprema Corte têm reduzido o seu alcance na área trabalhista (acrescenta-se o *Epic Sys. Corp. vs. Lewis*, No. 16-285, 2018, em que foram autorizadas as *class waivers*^{[19][20]}).

Dessa forma, o desenvolvimento das ações coletivas no Brasil não pode se subordinar à experiência norte-americana, devendo se ater aos requisitos próprios de nossa legislação e jurisprudência, que autorizam a ampla tutela de direitos metaindividuais e individuais por meio dos sindicatos. O fato de as ações coletivas passivas não empolgarem estudiosos nos Estados Unidos não indica, por si só, que a sua utilização não pode reduzir a litigiosidade e servir como forma de concretização de direitos sociais no Processo do Trabalho brasileiro.

6 Quem seriam os legitimados ativos?

Não há consenso doutrinário sobre quem seriam os legitimados ativos para as ações coletivas passivas no Brasil. Segundo Gidi, o cabimento de ações coletivas no Direito brasileiro é vinculado à titularidade de um direito ou interesse (difuso, coletivo ou individual homogêneo) e não meramente à existência de uma questão comum de fato ou direito (GIDI, 2007, p. 414). Assim, em análise preliminar, entendemos que a propositura de uma ação coletiva passiva no Processo do Trabalho deveria ser sempre bilateral ou, excepcionalmente, ajuizada

pelo empregador ou MPT em abusos em greves,^[21] como já é expressamente autorizado pela legislação nos casos de dissídios coletivos e ações de cumprimento de convenções coletivas de trabalho.

Examinando os casos concretos, dificilmente haveria uma relação de direito material entre um empregado e uma coletividade de empregadores, salvo casos de grupo econômico. Nestes, seria desnecessária uma ação coletiva passiva, pois há responsabilidade solidária entre as empresas e são consideradas apenas um empregador, sendo mais adequado o litisconsórcio passivo das pessoas jurídicas do grupo (art. 2º, § 2º, da CLT e Súmula 129 do TST).

Em sentido inverso, caso o empregador busque a declaração da inexistência de um dever coletivo diante dos empregados, ocorreria o que a doutrina critica como “ação coletiva ativa às avessas”, não havendo legitimidade ou interesse de agir (NEVES, 2021, p. 533-534; GIDI, 2007, p. 391-392). A imposição de obrigações legais por parte do empregador aos empregados também não é possível em uma ação coletiva passiva em razão do poder diretivo, especialmente nos aspectos normativo e disciplinar.^[22] Em casos de greve,^[23] a jurisprudência do TST tem aceitado ações propostas pelo empregador (não é legitimado ativo do art. 5º da LACP) contra os sindicatos tanto para declarar a abusividade do movimento paredista^[24] quanto para interditos proibitórios, o que acreditamos já serem hipóteses de ações coletivas passivas já aceitas pelo TST.

Desse modo, em uma análise inicial da literatura, entendemos pela possibilidade de ações coletivas passivas bilaterais na Justiça do Trabalho ou contra os sindicatos dos empregados em caso de abusos em greves, sendo a primeira hipótese rara no Direito Federal estadunidense.^[25] As ações coletivas passivas possuiriam, a princípio, algum legitimado previsto no art. 5º da LACP no polo ativo, e um sindicato, de categoria econômica ou profissional, no polo passivo, salvo casos de greve, em que o empregador possuiria legitimidade e interesse.

7 Coisa julgada e *right to opt out*

No tocante à coisa julgada, Didier Júnior (2008, p. 25) pontua:

A coisa julgada em uma ação coletiva proposta contra coletividade titular de situações jurídicas coletivas difusas é *pro et contra* e *erga*

omnes. Há coisa julgada qualquer que seja o resultado do processo coletivo e a sua eficácia vincula todos os membros do grupo. Não há coisa julgada *secundum eventum probationis*, que, de acordo com uma das principais doutrinadoras brasileiras sobre o tema, é “*inadecuada en la acción colectiva pasiva*. [...]”

Note, porém, que se a ação for duplamente coletiva, o regime da coisa julgada variará conforme a situação jurídica material tutelada: em relação à situação coletiva ativa, regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, em relação à situação coletiva passiva, regime da coisa julgada *pro et contra*.

No sistema americano (VITORELLI, 2018a, p. 300), a coisa julgada pode ser evitada por meio do *right to opt out* em ações coletivas ativas. Segundo esse direito, os indivíduos identificados são pessoalmente comunicados da existência dos processos para que possam manifestar seu desejo de serem excluídos da coisa julgada. No silêncio, são incluídos nela, seja o resultado favorável ou não, o que permite que alguém que não tenha tido ciência da ação possa ser prejudicado por ela.

Didier Júnior e Zaneti Júnior (2008, p. 34) apresentam crítica ao *opt out* ao questionar a regra do art. 37 do Código Modelo do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (CM-IIDP). Segundo este dispositivo, a coisa julgada em sentença de procedência em interesses individuais homogêneos não vincularia os membros do grupo substituídos, salvo se a ação for proposta contra sindicato, regra que retira toda a utilidade dessas ações.

Gidi (2007, p. 403) também é crítico do *opt out* ao se referir aos EUA:

Como vimos, nas *class actions* do tipo (b) (3), a Rule 23 (c)(2)(B) permite que os membros do grupo se excluam da ação (*right to opt out*). Dar o direito aos membros do grupo-réu de se excluírem da ação coletiva passiva, em alguns casos, é garantir-lhes o direito de imunidade contra a atividade controladora do Judiciário, principalmente quando as pretensões individuais do autor contra cada um dos membros do grupo-réu são de pequeno valor, a ponto de não justificarem a propositura de ação individual. É mesmo de se esperar que todos exerçam esse direito de se excluírem do processo – afinal, ninguém deseja ser réu em uma ação.

O autor chega a concluir que o *opt out* seria incompatível com as ações coletivas passivas.^[26] Enquanto o autor de uma ação, coletiva

ou individual, não poderia ser obrigado a litigar em Juízo, o inverso não seria verdadeiro. O réu de uma ação tem o dever de se defender em Juízo, não havendo direito de não ser demandado tanto individual quanto coletivamente (GIDI, 2007, p. 405).

Aproveitando-se a crítica para o Processo do Trabalho, caso a coisa julgada nas ações coletivas passivas propostas em desfavor dos sindicatos não vincule os ausentes do processo (hipótese não prevista nem mesmo no CM-IIDP), essas ações seriam piores do que “inúteis”. Elas serviriam apenas para piorar as distorções do setor econômico, visto que as empresas com maior acesso à Justiça e setores jurídicos mais estruturados realizariam o *opt out* e as menores e menos estruturadas seriam vinculadas a uma coisa julgada desfavorável. Assim, da mesma forma que defendido por Didier Júnior (2008, p. 34) e previsto no art. 37 do CM-IIDP, entendemos que a coisa julgada deve vincular, em todos os casos, os ausentes^[27] do processo em ações propostas contra sindicatos.

Pensamos que a resistência às ações coletivas passivas por parte da doutrina brasileira é incompatível com o sistema de precedentes obrigatórios já positivado no art. 927 do CPC. O novo CPC autoriza que o precedente formado em decisões individuais seja aplicado a processos coletivos, o que é reconhecido por Vitorelli (2018b, p. 337). Mesmo que a existência de precedentes obrigatórios não se confunda com a tutela coletiva e a coisa julgada não vincule os ausentes no processo, caso haja ajuizamento em massa de ações por problemas estruturais de um setor econômico, a jurisprudência poderá firmar posicionamento contrário às teses da empresa sem sua participação.

Assim, nesse estudo preliminar, foi exposta a controvérsia sobre os pontos mais versados na doutrina sobre ações coletivas passivas: a legitimidade e a coisa julgada. A pesquisa, além de analisar com maior profundidade os temas, deverá avançar para os temas menos estudados segundo Didier Júnior (2008, p. 29), “como a competência e a liquidação, assim como nada se diz sobre os aspectos substanciais da tutela jurisdicional coletiva passiva”, para que não seja apenas mais do mesmo.

8 Alguns casos de ações coletivas passivas na Justiça do Trabalho brasileira

Embora o termo “defesa” seja bastante amplo, a propositura de ações coletivas passivas na Justiça do Trabalho enfrenta resistências. A primeira turma do TRT – 21ª Região, no Agravo de Petição (AP) 0000390-81.2019.5.21.0005, decidiu que título executivo judicial originado de ação coletiva passiva originária ajuizada exclusivamente contra sindicato patronal é inexigível das empresas que não autorizaram a atuação do ente:^[28]

Execução individual de título coletivo - Ação coletiva passiva originária - Sindicato patronal - Ausência de autorização das empresas da categoria econômica para atuação sindical - Ausência de citação das empresas - Título executivo inexigível em face das empresas. A substituição processual prevista no inciso III do art. 8º da CF não alcança a ação coletiva passiva originária, cuja sentença somente pode ser executada em face dos integrantes da categoria profissional ou econômica que autorizaram a atuação do sindicato. A ausência de autorização para atuação sindical e de citação das empresas para participarem da relação processual na ação 0000753-44.2014.5.21.0005 impedem a execução direta do título executivo coletivo em desfavor das empresas vinculadas ao sindicato patronal (SINDESERN). Agravo de petição não provido. (BRASIL, 2019b, grifo nosso).

O julgado foi confirmado em decisão monocrática no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista (AIRR) 260-91.2019.5.21.0005.^[29] Neste, o relator negou seguimento ao recurso porque o acórdão não teria ofendido dispositivo constitucional.

O entendimento parece não ser o mais adequado diante da jurisprudência do STF. Em primeiro lugar, porque o Supremo não exige autorização dos substituídos para substituição processual pelo sindicato (RE n. 217.566 AgR). Em segundo lugar, porque o próprio STF parece aberto à substituição processual da categoria no polo passivo, ao menos para os sindicatos profissionais.

No RE n. 629647 RG, o STF reconheceu a repercussão geral do seguinte tema:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ACORDO HOMOLOGADO - PRESTADORES DE SERVIÇO - DISPENSA - SINDICATO - LITISCONSÓRCIO - DEVIDO

PROCESSO LEGAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia alusiva à existência de litisconsorte passivo necessário - sindicato -, ante interesses dos substituídos demitidos em razão de acordo celebrado em ação civil pública entre empresa de economia mista e o Ministério Público do Trabalho, considerado o direito ao devido processo legal.

O ministro Alexandre de Moraes propôs tese^[30] no RE n. 629647 RG para que seja autorizada a substituição processual no polo passivo pelo sindicato de empregados, em caso de ação proposta pelo MPT para dispensa de empregados contratados sem concurso.

9 Conclusões

Transpondo-se os estudos de Didier Júnior (2008), Gidi (2007; 2008) e Grinover (2002) para o Processo do Trabalho, acredita-se que a prerrogativa constitucional dada aos sindicatos para defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria em questões judiciais ou administrativas (art. 8º, III, da CF e Tema n. 823 de repercussão geral do STF) combinada com a unicidade sindical (art. 8º, II, da CF) e a representação de filiados e não filiados (art. 8º, VI, da CF) autorizam a propositura de ações coletivas passivas que envolvam entidades sindicais. Além disso, que seria possível a imposição de obrigações aos membros das categorias representadas por meio da coisa julgada independentemente de *opt in* ou *opt out*, institutos não previstos na legislação brasileira.

Não se ignora que as ações coletivas passivas são vistas com desconfiança por estudiosos no Direito Federal norte-americano. Todavia, isso não quer dizer que as mesmas dificuldades de obtenção da representação adequada estarão presentes no Processo do Trabalho brasileiro em razão da proteção constitucional *sui generis* aos sindicatos. Esses, inclusive, possuem autorização legislativa para atuar como substitutos das categorias no art. 3º da Lei n. 8.073/1990, e a Reforma Trabalhista incluiu hipótese de litisconsórcio necessário no polo passivo em ações anulatórias de acordos coletivos ou convenções coletivas de trabalho no art. 611-A, § 5º, da CLT, nas quais podem ser impostas, por meio da coisa julgada, obrigações de fazer ou não fazer às categorias representadas.

Além disso, casos da Suprema Corte dos EUA como o *Walmart Stores Inc. vs. Dukes*, 2011, e o *Epic Sys. Corp. vs. Lewis*, 2018, demonstram que as ações coletivas na área trabalhista têm recebido entraves ao seu desenvolvimento naquele país, o que o presidente Joe Biden visa reverter por meio do *Pro Act*. Logo, a doutrina e a jurisprudência brasileiras devem buscar um caminho próprio para concretização dos direitos sociais por meio da tutela jurisdicional, que não é o previsto pela Reforma Trabalhista com a restrição do acesso à Justiça pelos hipossuficientes.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5766**. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 13.467/2017. Reforma trabalhista. Regras sobre gratuidade de justiça. Responsabilidade pelo pagamento de ônus sucumbenciais em hipóteses específicas. Alegações de violação aos princípios da isonomia, inafastabilidade da jurisdição, acesso à justiça, solidariedade social e direito social à assistência jurídica gratuita. Margem de conformação do legislador. Critérios de racionalização da prestação jurisdicional. Ação direta julgada parcialmente procedente. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2021a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 1º mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5794. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux, **DJe 083**. Brasília, 2019a. [Processo eletrônico]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749631162>. Acesso em: 1º mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 883.642 – repercussão geral, Tema n. 823. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. **DJe 124**, Brasília, 2015. [Acórdão eletrônico, repercussão geral]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8762551>. Acesso em: 1º mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região (1. Turma). Agravo de petição 0000390-81.2019.5.21.0005. Relator: Des. Rel. José Barbosa Filho. **DEJT**, Rio Grande do Norte, 2019b. Disponível em: <https://trt-21.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/721757365/agravo-de-peticao-ap-3474720195210005/inteiro-teor-721758741>. Acesso em: 1º mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I). Embargo em Recurso de Revista n. 253840-90.2006.5.03.0140. Relatora: Min. Dora Maria da Costa. **DEJT**, Brasília, 2019c. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/e6761cfd0e8509b3bfcbf15b6c628417>. Acesso em: 2 mar. 2022.

BROD, Fernanda Pinheiro. A representatividade como requisito intrínseco da representação processual adequada nas ações coletivas: uma análise da tutela coletiva das relações de trabalho. In: GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho (org.). **Processos coletivos**: ação civil pública e ações coletivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 21-48.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo coletivo passivo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 165, p. 29-43, nov. 2008.

DOBOSZ, John. Global 2000: a luta entre Amazon e Walmart pela supremacia no varejo. **Forbes Brasil**, São Paulo, 19 maio 2021. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2021/05/global-2000-a-luta-entre-amazon-e-walmart-pela-supremacia-no-varejo/>. Acesso em: 28 fev. 2022.

FERNANDES, João Renda. **O "Mito EUA"**: um país sem direitos trabalhistas? Salvador: JusPodivm, 2021.

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GREENBERGER, Steven. Justice Scalia and the demise of the employment class action. **Employee Rights and Employment Policy Journal (EREPJ)**, Chicago, v. 21, n. 1, p. 75-112, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 98, v. 361, p. 3-12, maio/jun., 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MELO, Raimundo Simão de Melo. Evolução das ações coletivas na Justiça do Trabalho. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/reflexoes-trabalhistas-evolucao-acoes-coletivas-justica-trabalho>. Acesso em: 26 ago. 2021.

MENEZHINI, Nancy Vidal. **A Lei n. 13.467/1917 e os honorários sucumbenciais**: uma reflexão sobre acesso e retrocesso à Justiça pela via dos Direitos. Orientadora: Adriana Goulart de Sena Orsini. 2021. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**: volume único. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Processo coletivo do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SENA, Adriana Goulart Orsini; GONÇALVES, Igor Souza. Ações “pseudoindividuais” e “pseudocoletivas” no Processo do Trabalho. In: THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; ALVARENGA, Samuel (org.). **Direito e Processo Coletivo**: diálogos interdisciplinares. Belo Horizonte: Vorto, 2019. v. 1. p. 221-248.

SKELTON, Chris. Walmart Stores, Inc. v. Dukes, 564 U.S. 338 (2011). **Justia US Supreme Court**, [s. l.], 2011. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/338/#tab-opinion-1963630>. Acesso em: 28 fev. 2022.

THIBAU, Tereza C.S. Baracho. **A legitimação ativa nas ações coletivas**: um contributo para o estudo da substituição processual. Orientador: Aroldo Plínio Gonçalves. 2003. 295 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; GUIMARÃES, Leísa Mara Silva. Execução individual e coletiva: em busca da tutela efetiva dos direitos individuais homogêneos. In: GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho (org.). **Processos coletivos**: ação civil pública e ações coletivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. v. 1, p. 209-230.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; VIANA, Thaís Costa Teixeira. O modelo de tutela coletiva processual brasileiro e o desafio da inclusão

social. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (org.). **Processo civil contemporâneo**: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. p. 528-552.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of The United States. Walmart Stores, Inc. v. Dukes *et al.* Opinion: Justice Scalia. **Supreme Court**, Washington, D. C., 2011. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-277.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of The United States. Epic Sys. Corp. v. Lewis. Opinion: Justice Gorsuch. **Supreme Court**, Washington, D. C., 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-285_q811.pdf. Acesso em: 2 mar. 2022.

VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 43, v. 278, p. 297-335, abr. 2018a.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 284, p. 333-369, out. 2018b.

VITORELLI, Edilson. **Processo estrutural**: teoria e prática. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

WIKIPEDIA. Lista dos maiores empregadores. **Wikipedia**, [s. l.], 2022a. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_dos_maiores_empregadores. Acesso em: 6 jul. 2022.

WIKIPEDIA. Lista de países por PIB nominal. **Wikipedia**, [s. l.], 2022b. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_pa%C3%ADses_por_PIB_nominal. Acesso em: 6 jul. 2022.

Notas

- [1] Agradeço ao Caio Pedra e ao Igor Souza pelo apoio na pesquisa, redação e revisão do trabalho. Agradeço à Daniela Domingues, minha companheira de vida, por tudo.
- [2] A Justiça do Trabalho foi apelidada de “Justiça dos desempregados” por, na maior parte das ações, tratar de reclamationárias individuais de trabalhadores já despedidos pelo empregador (MELO, 2020).
- [3] O dissídio coletivo foi previsto pela primeira vez em 1932, com a criação das comissões mistas de conciliação (Decreto n. 21.396/1932) antes mesmo das criações das juntas de conciliação e julgamento (Decreto n. 22.132/1933). Em 1939, antes mesmo da organização judicial da Justiça do Trabalho, já havia previsão de julgamento por equidade no art. 94 do Decreto-Lei n. 1.237/1939, pressuposto para a sentença normativa (BROD, 2015, p. 24).
- [4] Gidi (2008, p. 215) critica a divisão realizada no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos por ser artificial, pois só existiriam dois tipos de direitos, os transindividuais, do qual é titular o grupo como um todo, e os individuais (homogêneos), dos quais seriam titulares os membros do grupo de forma individual. Vitorelli (2018b) também questiona os conceitos do CDC e propõe classificação com base na conflituosidade entre litígios coletivos globais, locais e irradiados. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência majoritárias adotam o conceito legal, que será utilizado neste estudo.
- [5] O ministro do STF Luís Roberto Barroso declarou em várias palestras que o Brasil seria responsável por 98% das ações trabalhistas do mundo, apesar de concentrar apenas 3% da população mundial, o que não possui qualquer respaldo fático. A fala foi republicada por diversos veículos de imprensa, constou no relatório da reforma trabalhista e seu sentido foi repetido pelo presidente Jair Bolsonaro (FERNANDES, 2021, p. 252-256).
- [6] A Central Única dos Trabalhadores (CUT), maior confederação sindical nacional, está em crise profunda, tendo vendido seu prédio, demitido trabalhadores e se afundado em dívidas. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2018-11-22/cut-predio-demite-crise.html>. Acesso em: 26 ago. 2021.
- [7] Tribunal Superior do Trabalho. Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/18640430/27418815/Relat%C3%B3rio+Demonstrativo+2020.pdf/b008ce47-e63f-3c7c-b938-4ff817737765?t=1624912295004>. Acesso em: jul. 2022.
- [8] Há bons exemplos no Direito Comparado como nos Estados Unidos da América (EUA), em que são previstos danos líquidos (*liquidated damages*)

nos casos de inadimplemento de salário mínimo e horas extras (*wage theft*) (FERNANDES, 2021, p. 194-195).

- [9] Utiliza-se a divisão dos litígios de acordo com a conflituosidade de Vitorelli (2018b; 2021, p. 25-88).
- [10] Conforme Santos (2018, p. 80-81): “[...] *dumping* social é uma prática de gestão empresarial antijurídica, moldada pela concorrência desleal e ausência de boa-fé objetiva, que busca primacialmente a conquista de fatias de mercado para produtos e serviços, seja no mercado nacional ou internacional, provocando prejuízos não apenas aos trabalhadores hipossuficientes contratados em condições irregulares, com sonegação a direitos trabalhistas e previdenciários, bem como às demais empresas do setor”.
- [11] Neves (2021, p. 533-534) aponta que o conceito de um processo coletivo passivo não recebe a devida atenção dos acadêmicos e estudiosos brasileiros, o que tem levado a se chamar de processo coletivo passivo ações coletivas às avessas. Nessas, apenas um sujeito que deveria ser réu em uma ação coletiva se antecipou a ela para buscar uma certeza jurídica sobre, por exemplo, a inexistência de um direito coletivo *lato sensu*. A crítica também é compartilhada por Gidi (2007, p. 391-392), que explica que, no direito norte-americano, não é possível que os potenciais réus de uma ação coletiva ativa (*plaintiff class action*) proponham uma *defendant class action* contra os membros do grupo violado para buscar uma sentença declaratória negativa da responsabilidade civil. As ações coletivas passivas não seriam “ações coletivas às avessas”, pois no ordenamento dos EUA essas ações seriam ações coletivas ativas iniciadas pelo réu. Não haveria, portanto, interesse processual em tal demanda ou mesmo como encontrar um representante adequado para tal.
- [12] O conceito de ação coletiva passiva a ser adotado pelo estudo não é tarefa neutra e merecerá aprofundamento ao longo da pesquisa. Isso porque eventual variação naquele poderá direcionar o trabalho a concluir de forma positiva (DIDIER JÚNIOR, 2008; GIDI, 2007; GRINOVER, 2002) ou negativa (VITORELLI, 2018a; 2018b) por benefícios da utilização do instituto no Brasil.
- [13] As ações coletivas passivas derivadas foram expressamente previstas no art. 343, § 5º, do novo CPC e, no Processo do Trabalho, na Súmula 406, II, do TST.
- [14] O que Didier Júnior (2008, p. 31) considera como ações coletivas passivas derivadas, e que Gidi (2007, p. 391) também considera como ação coletiva passiva, não o são para Vitorelli (2018a, p. 302). Este entende que, em ações rescisórias ou embargos à execução nos quais a pretensão seja a desconstituição de um título executivo coletivo formado em ação coletiva, não há ação coletiva passiva. Para o autor, a existência desta exige que a coletividade figure no polo passivo tanto da relação processual quanto da relação de direito material, em sintonia com o conceito norte-americano.

[15] Ações pseudocoletivas são, para Sena e Gonçalves (2019, p. 235-236), aquelas apenas formalmente coletivas, mas que tutelariam direito que não seria difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo, mas individual heterogêneo. Logo, não seriam ações propriamente coletivas porque, para existência destas, além do legitimado ativo, é necessário que a natureza do objeto tutelado seja transindividual.

[16] *Rule 23. Class Actions*

(a) PREREQUISITES. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;

(2) there are questions of law or fact common to the class;

(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and

(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) TYPES OF CLASS ACTIONS. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

(1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class;

or

(B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:

(A) *the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;*

(B) *the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;*

(C) *the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and*

(D) *the likely difficulties in managing a class action.* (Grifo nosso).

[17] Na Suprema Corte dos EUA, não há um “Acórdão” do julgamento, como no Brasil, mas uma *Opinion*. Esta, em uma explicação simples, seria como o voto majoritário que foi seguido pelos demais ministros (*justices*). Os votos dos ministros não são juntados um a um, mas agregados em uma *Opinion* e com a possibilidade de registro de posição divergente apartada (*Concurrence & Dissent*).

[18] Tradução livre: “Nesse caso, a prova da semelhança necessariamente se sobrepõe à alegação de mérito dos recorridos de que o Walmart promove um padrão ou prática de discriminação. [Nota de rodapé 7]. Isso ocorre porque, ao resolver uma reivindicação individualizada do Título VII, o cerne da questão é ‘o motivo de uma decisão empregatícia específica’, *Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond*, 467 U. S. 867, 876 (1984). Aqui, os recorridos desejam processar literalmente milhões de decisões empregatícias de uma vez só. *Sem alguma cola unindo as razões alegadas para todas essas decisões em conjunto, será impossível dizer que o exame de todos os pedidos das membras da classe por provimento jurisdicional vai produzir uma resposta comum à pergunta crucial ‘por que fui desfavorecida’*”. (SKELTON, 2011, grifo nosso).

[19] Greenberger aponta que as ações coletivas trabalhistas nos EUA estariam em crise em razão de a Suprema Corte ter julgado constitucionais as *class waivers* no caso *Epic Systems Corp. vs. Lewis*, 138 S. Ct. 1612 (2018). Neste precedente, a Corte entendeu que acordos individuais que estabeleçam arbitragem obrigatória nos contratos de trabalho com fundamento na *Federal Arbitration Act* (FAA) prevalecem sobre o direito à negociação coletiva e suporte mútuo previsto na *National Labor Relations Act* (NLRA). Como resultado, são válidas cláusulas de renúncia às ações coletivas e que imponham arbitragem obrigatória no contrato de trabalho (GREENBERGER, 2017).

[20] O presidente Joe Biden tenta, por meio do projeto de lei conhecido como *Pro Act*, reverter a decisão com fundamento no voto da falecida juíza Ginsburg. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a5d6a0c4-a308-469b-990c-b87dbbb98c2e>. Acesso em: 7 set. 2021.

- [21] Defende-se que, salvo em situações extremamente excepcionais, de greves em serviços essenciais e com lesão ao interesse público (art. 114, § 3º, da CF), intervenções judiciais em greves são tanto ofensivas à liberdade sindical quanto são condutas antissindicais. No entanto, a jurisprudência do TST tem sido permissiva inclusive diante do ajuizamento simultâneo de interditos proibitórios pelo empregador, como se vê no Embargo em Recurso de Revista n. 253840-90.2006.5.03.0140 (BRASIL, 2019c).
- [22] Poder empregatício ou *jus variandi* é a prerrogativa do empregador que, por assumir os riscos da atividade econômica (art. 2º da CLT) e empregar mão de obra subordinada (art. 3º da CLT), pode dirigir, regulamentar, fiscalizar e disciplinar o trabalho, sendo a recusa ao cumprimento das diretivas hipótese de justa causa (art. 482, h, da CLT) (DELGADO, 2019, p. 790). Por meio dele, o empregador já pode impor padrões de conduta aos empregados de forma extrajudicial.
- [23] Vitorelli, ao analisar os dissídios coletivos de trabalho, os considera incomparáveis com ações coletivas em razão da exigência constitucional de comum acordo para seu ajuizamento (art. 114, § 2º, da CF) (2018a, p. 303). Entretanto, com o devido respeito, a jurisprudência trabalhista destoa da afirmação. O Regimento interno do TST prevê cinco tipos de dissídio coletivo em seu art. 241 (de natureza econômica, jurídica, originário, revisão, de greve) e a pacífica jurisprudência da Corte não exige o comum acordo, por exemplo, para os dissídios de natureza jurídica ou de declaração de abusividade de greve (ROT n. 103-90.2019.5.19.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, relatora: Min. Dora Maria da Costa, **DEJT**, 29 set. 2020).
- [24] Vitorelli (2018a, p. 305) também critica a comparação de ações contra greves a ações coletivas passivas. Para o autor, essas ações se voltariam contra a pessoa jurídica do sindicato, não contra os sindicalizados, visto que as consequências negativas seriam impostas ao ente sindical, não aos filiados. Com a devida vênia, embora seja mais comum a imposição de multas aos sindicatos, há sim consequências aos sindicalizados e inclusive não sindicalizados que adiram à greve. A primeira, mais óbvia, é o cerceamento de seu direito de greve e liberdade sindical que, embora coletivo, também possui um aspecto subjetivo e é *core obligation* da OIT (Convenções 87 e 98 da OIT). A segunda, é que a adesão a uma greve ilegal pode impor consequências graves mesmo aos trabalhadores não sindicalizados que adiram a ela como, por exemplo, o cômputo como falta dos dias parados (que não se confunde com a suspensão do contrato de trabalho) e até mesmo a dispensa por justa causa.
- [25] Nos EUA, a legitimidade e o interesse para a propositura de uma ação coletiva apenas ocorrem se o autor houver sido lesado por todos os membros do grupo-réu. Assim, esse requisito é de difícil obtenção quando se trata de uma *bilateral class action* (GIDI, 2007, p. 397).

- [26] O acórdão do Agravo de Petição n. 0000390-81.2019.5.21.0005 (TRT – 21ª Região), conforme será apontado, decidiu pela inexistência de coisa julgada porque as empresas não teriam autorizado a atuação do sindicato. Assim, o julgado pareceu entender que deveria ser adotado sistema de *opt in*, ou seja, as empresas deveriam manifestar interesse em serem incluídas na coisa julgada para que esta as vinculasse em ações coletivas passivas. Além da inexistência de previsão legal para tal, o julgado confunde substituição processual sindical com litisconsórcio, sendo desnecessária a autorização dos substituídos para a primeira hipótese (RE n. 217.566 AgR).
- [27] Não se desconsidera a questão da representação adequada, havendo hipóteses nas quais, por ausência daquela, a coisa julgada poderia não ser oponível aos ausentes por violação do devido processo legal. Entretanto, a decisão de mérito só poderia ser desconstituída analisado o caso concreto e presentes vícios como os que autorizam a ação rescisória nos termos do art. 966 do CPC. Ainda, entendemos que deve haver a possibilidade de controle judicial da representação adequada no curso da ação por meio da atuação *custos juris* do MPT, mesmo que não haja a possibilidade de controle da representatividade em razão do sistema da unicidade sindical (BROD, 2015). Conforme advertência de Brod (2015, p. 36-37), a doutrina brasileira estuda pouco a questão da representatividade adequada por as ações coletivas, em tese, apenas beneficiarem os membros individuais do grupo, o que não seria o caso das ações coletivas passivas.
- [28] Thibau e Guimarães (2015, p. 216) apontam que as normas do microsistema coletivo são devidamente observadas na fase de conhecimento, mas, na execução, quando da realização do direito material, são colocados obstáculos típicos das execuções individuais que inviabilizam a tutela coletiva. É o que parece ter ocorrido no caso, visto que houve trânsito em julgado da ação coletiva passiva, mas o título executivo foi tido como inexigível na execução por vício de citação das empresas, mesmo que estas tenham sido substituídas pelo sindicato na ação principal.
- [29] Trecho do voto do relator: “A legitimação dos sindicatos, referida no inciso III do art. 8º da Constituição Federal é extraordinária, não ordinária! É o que se extrai do art. 3º da Lei nº 8.073/90, ao dispor que as entidades sindicais poderão atuar na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria, como substitutos processuais.

Em se tratando do direito de ação, os sindicatos detêm legitimidade ativa extraordinária ampla na defesa dos interesses favoráveis à categoria (RE n. 883.642 RG), independentemente de autorização dos substituídos (RE n. 217.566 AgR). O mesmo não se pode dizer do direito de reação, como demandado em ação coletiva passiva originária. A condenação dos substituídos por título coletivo passivo atinge diretamente o seu direito de propriedade, com sede constitucional (CF, art 5º, XXII), e, por conseguinte,

só pode ser imposta se observados os corolários do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV)”. (Tribunal Superior do Trabalho, AIRR n. 260-91.2019.5.21.0005, relator: Renato de Lacerda Paiva, publicação: 5.4.2021).

- [30] Após os votos dos ministros Marco Aurélio (relator), Ricardo Lewandowski e Edson Fachin – que conheciam do recurso e davam-lhe provimento para, reformando a decisão recorrida, anular a sentença mediante a qual homologado o acordo, tornando definitiva a liminar deferida na ação cautelar n. 2.960 e estabelecendo a seguinte tese (Tema n. 1.004 da repercussão geral): “Empregado deve integrar acordo celebrado em ação civil pública entre empresa estatal e o Ministério Público do Trabalho, a resultar em demissão”– e o voto do ministro Alexandre de Moraes, que dava parcial provimento ao recurso e fixava a seguinte tese: “Em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho em face de empresa estatal, com o propósito de invalidar a contratação irregular de pessoal, não é cabível o ingresso, no polo passivo da causa, de todos os empregados atingidos, mas é indispensável sua representação pelo sindicato da categoria”, pediu vista dos autos o ministro Roberto Barroso. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o ministro Dias Toffoli (presidente). (Plenário, Sessão Virtual de 22.5.2020 a 28.5.2020).

Pocket Labs^[1] aplicado ao Ministério Público da União

Husseyn Alaouieh Chaves

Facilitador de oficinas de design thinking. Instrutor de inovação e consultor de inovação do Maria da Penha Virtual (CNJ/2021).

Raquel Fragoso Araujo

Consultora de branding e facilitadora de oficinas de design thinking.

Resumo: Demonstração de viabilidade de modelo Pocket Labs de inovação em atendimento aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas para 2030 (ODS/ONU/2030), aplicado na Procuradoria Regional da República da 2ª Região (PRR/2ª Região), escalável e replicável para outras unidades do Ministério Público da União.

Palavras-chave: Pocket Labs; ODS 16; Ministério Público; PGI.

Sumário: 1 Introdução. 1.1 A oficina design thinking do *Maria da Penha Virtual*. 1.2 Implantação na PRR/2ª Região e créditos. 1.3 A metodologia. 2 Pocket Labs aplicado ao Ministério Público da União. 2.1 A oficina “Capacitação Básica para a Comissão de Inovação”. 2.2 A estrutura. 2.3 As principais ferramentas. 2.4 O “entregável” da oficina. 2.5 PDCA da “Capacitação Básica para a Comissão de Inovação” – Módulos 1 e 2. 2.6 Automação do processo de coleta de “propostas” e “julgamentos”. 3 *Filtros dialéticos e ágeis* em processos massivos de inovação no serviço público. 3.1 Introdução à necessidade de inovação massiva. 3.2 *Taxonomia* e dialeticidade. 3.3 Divisão de tarefas e grupos. 3.4 Perguntas escalares. 4 Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo visa relatar os resultados obtidos durante os cursos de inovação ministrados na PRR/2ª Região entre 2020 e 2021, projeto

voluntário de qualificação de servidores públicos para a inovação, o qual observa os ONU/ODS de números 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes) e 17 (Parcerias e Meios de Implementação).

Os resultados encontrados, contudo, superaram as expectativas de Husseyn Alaouieh Chaves, um dos autores deste artigo, especificamente no que toca à possibilidade de nacionalizar e capilarizar o processo de inovação, o que trouxe a necessidade de acrescentar algumas propostas de otimização do trabalho já desenvolvido.

A capilarização do processo de inovação, por meio das tecnologias da informação, desde que observado Pareto (regra 80/20), se mostrou possível após a conclusão do “PGI – PRR/2ª Região” (MPF, 2022b) e as validações que se seguiram.

1.1 A oficina design thinking do *Maria da Penha Virtual*^[2]

Em fevereiro de 2020, Husseyn Alaouieh Chaves, um dos autores deste artigo, teve contato com o Maria da Penha Virtual e realizou a oficina de design thinking (DT), além de prestar consultoria de inovação e business canvas, ocasião em que foi evidenciada a melhor forma de implantar o serviço de medidas protetivas de urgência online, qual seja, a cessão gratuita, com reservas, de parte do projeto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ).

O projeto foi implantado e venceu o prêmio Juíza Viviane do Amaral 2021,^[3] conforme divulgado na 61ª sessão extraordinária do CNJ.^[4]

O presidente do TJRJ, desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira, reconheceu a *disruptividade* do modelo proposto:

Para o presidente do TJRJ, a ferramenta marca uma nova etapa na vida do Tribunal. “O Maria da Penha Virtual é uma medida revolucionária. Na área de Violência Doméstica e Familiar, os juizados ganham uma ferramenta de alta qualidade e modernidade. Através deste aplicativo, temos a condição de em poucas horas oferecer uma medida protetiva para a mulher em situação de violência. É um avanço incomensurável”, destacou o presidente do Tribunal do Rio [...]. (APLICATIVO..., 2022).

1.2 Implantação na PRR/2ª Região e créditos

Anteriormente à realização da oficina de DT do Maria da Penha Virtual, Husseyn Alaouieh Chaves, um dos autores deste artigo, ministrou aulas sobre inovação na Procuradoria Regional da República da 2ª Região entre 2019 e 2021.

Já em 2022, o resultado da sensibilização a inovação promovida nos anos anteriores viabilizou a criação da oficina “Capacitação Básica para a Comissão de Inovação”, módulos 1 e 2.

Creditar todos os envolvidos não apenas é uma exigência legal, mas também evita que a falta de créditos se torne a maior frustração do processo de inovação. Não creditar significa desestimular a inovação. Assim, é importante reconhecer o trabalho de todos que participaram da Oficina:^[5] Alexandre, Anna Beatriz, Celia Regina, Daniel, Elielson, Hassany, Júlio Cesar, Lissandra.

O resultado produzido pelos participantes é o “PGI – PRR/2ª Região” (MPF, 2022b), concretizado pela Portaria PRR2 n. 43, de 14 de março de 2022, a qual “Institui o Laboratório de Inovação da Procuradoria Regional da República - 2ª Região e define sua composição”.

O resultado, repise-se, é fruto de um trabalho coletivo, cocriado por todos os participantes e por Husseyn Alaouieh Chaves, facilitador e instrutor, bem como por Elielson Macedo Feliciano e Raquel Fragoso Araujo, cofacilitadores e coautores do presente artigo, com apoio da equipe do Núcleo de Capacitação e Desempenho Funcional (NUCDF).

O entregável, contudo, não se confunde com a metodologia customizada por Husseyn Alaouieh Chaves especificamente para o Ministério Público Federal, a qual será objeto de análise em seguida.

1.3 A metodologia

A oficina “Capacitação Básica para a Comissão de Inovação”, módulos 1 e 2, somente foi possível em razão dos cursos anteriormente ministrados, nos quais foram compreendidas as necessidades da unidade PRR/2ª Região, bem como dos servidores dispostos a criar o laboratório de inovação.

Ainda assim, atentou-se às pré-condições para o funcionamento da oficina: treinamento básico sobre inovação; qualificação para o uso dos sistemas Miro,^[6] Zoom^[7] e Discord;^[8] presença de cofacilitadores para manter todos os participantes engajados, especialmente aqueles que não se adaptaram imediatamente ao sistema Miro.

Resolvidas essas questões instrumentais, cabe especificar as etapas do trabalho desenvolvido na oficina, dentro e fora do sistema Miro.

2 Pocket Labs aplicado ao Ministério Público da União

O Pocket Labs é um modelo “ágil” de criação de laboratórios de inovação baseado em metodologias ágeis, tanto no funcionamento quanto nos produtos.

O funcionamento ágil do laboratório não é novidade e consiste em adotar processo de inovação ágil, o que pressupõe a capacitação, o nivelamento, de todos os envolvidos. O produto ágil, por seu turno, não é algo recorrente e deve incorporar, dentro de sua estrutura, técnicas de Kanban (formularização das atividades), integração dos fluxos de proposta e decisão, com a eliminação de retrabalho, bem como PDCA ao fim de cada uso. Não basta adotar metodologias ágeis na criação, o funcionamento do produto deve ser ágil.

2.1 A oficina “Capacitação Básica para a Comissão de Inovação”

A qualificação de pessoas para a inovação é um pressuposto para o razoável funcionamento de oficinas de criação de produtos, pois existem vocabulário e rotinas próprias. Há, ainda, a necessidade de manter apoio permanente àqueles que não estão familiarizados com o trabalho virtual no Miro e outras plataformas.

E, quanto mais capacitado o time, maior a tendência de sucesso do processo de criação do Plano de Gestão de Inovação (PGI) e, com isso, maior a legitimidade do laboratório de inovação, que já nasce com balizas claras, mas também com o reconhecimento das pessoas envolvidas e daquelas que as circundam. Ainda que a instituição seja algo vertical, hierárquico, a adesão tende a se mostrar mais efetiva se as pessoas puderem ajudar a construir o PGI, sem ignorar

que visões *a priori* acabam por se desfazer durante as discussões dentro do Miro/Zoom, o que evita perda de energia com ideias que não refletem a realidade dos órgãos.

Esse modelo de trabalho permite, ainda, a adoção de *pilhas incluídas*,^[9] uma vez que o laboratório já nasce com um pequeno, porém factível, banco de ideias e valorações sobre elas.

2.2 A estrutura

O sistema Miro foi customizado para atender às necessidades do Planejamento Estratégico do Ministério Público Federal, com a criação de *Frames*, quadros, para cada atividade previamente estabelecida como necessária à obtenção dos resultados.

Esse “vai e vem” dialético de tese e antítese, além de ser um PDCA, se assemelha ao “duplo diamante”^[10] (divergente/convergente), bem como demonstrou ser possível adotar um processo dialético na construção de modelo específico para atender às necessidades da PRR/2^a Região.

O *design* instrucional resultante deste processo de especificação, especialização, junto com o material didático constante do Miro, constitui a estrutura que será objeto de exame neste artigo.

2.3 As principais ferramentas

No tópico anterior, foram descritas todas as etapas formais estabelecidas na oficina “Capacitação Básica para a Comissão de Inovação”. Agora, é necessário discorrer sobre algumas das principais ferramentas, sem perder de vista que todo o conjunto de ferramentas constante do Miro e do PGI (MPF, 2022b) foi importante, mas o núcleo do trabalho de criação dos filtros dialéticos parece ser constituído pelas seguintes: a) OKR, b) Problematização/diagrama de Ishikawa, c) Proposição de desafios, d) Brainstorm.

2.3.1 OKR – *Objectives and Key Results*

Os “Objetivos Estratégicos”^[11] estabelecidos pelo Ministério Público Federal orientam a Missão e a Visão do órgão e, de certa forma, se

confundem com os "OKR – *Objective Key and Results*" ou "Resultados-Chave". Não obstante, é necessário delimitar o trabalho de criação do laboratório, pelo que foram selecionados os mais aderentes e estratégicos, com a definição de OKRs de médio prazo (um ano).

A escolha sobre quais OKRs deveriam ser trabalhados se deu em etapas sequenciais: a) brainstorm de potenciais objetivos; b) votação; c) novo brainstorm, acerca de quais resultados-chave "suportariam" o atingimento desse objetivo; d) escolha final do conjunto de quatro OKRs segundo composição dos objetivos e resultados-chave.

Definidos os quatro OKRs, foi aplicada a matriz SMART^[12] como filtro para pontuar as quatro possibilidades de trabalho e limitar o escopo do trabalho a apenas um OKR inicialmente (baterias incluídas). Após a votação, o resultado encontrado na matriz SMART serviu de apoio na avaliação de OKRs e, mediante nova votação, o resultado se mostrou válido, além de viabilizar a organização taxonômica e a criação do filtro de ideias dialético e ágil.

2.3.2 Problematização/diagrama de Ishikawa

O OKR inicial assume, então, papel central no processo de investigação de problemas conhecido como diagrama de "Ishikawa/espinha de peixe/5pqs"^[13] e o objetivo, na verdade sua redação, é revisto e assume uma proposição investigativa, como "por que o objetivo não é alcançado" e, a partir dessa pergunta inicial, são formuladas, sucessivamente, novas perguntas. Esse processo se repete até o esgotamento das possibilidades.

Investigam-se, enquanto são feitas as proposições, as potenciais causas-raiz para o não atingimento do objetivo, o que pode ser feito no diagrama de Ishikawa, em que as últimas colunas apontam as causas-raiz, o que pode ser adaptado para admitir votação, como no caso em exame.

Esse processo resultou na filtragem de problemas menos relevantes e permitiu que a equipe direcionasse esforços para um ponto que reconheceram enquanto grupo.

Após a votação, os problemas selecionados foram agrupados de acordo com suas áreas de interesse em uma versão adaptada do diagrama de

Ishikawa, na qual se inverteu a organização das colunas, colocando cada um dos problemas votados em um diagrama e com orientação da atividade da esquerda para a direita, no intuito de descobrir a real motivação daqueles problemas, reconhecidos como impeditivos ao objetivo. Como resultado deste procedimento, foram identificados "N" problemas que poderiam constituir as "causas-raiz", e, em seguida, a sua revisão pelo grupo permitiu a construção de juízos de valor, seguidos de críticas e, por fim, votação final com a seleção de quatro problemas como "causas-raiz" (ver item 4.3 do PGI).

2.3.3 Proposição de desafios

Estabelecidas as "causas-raiz" dos problemas identificados, segue-se aos desafios "como poderíamos", no intuito de enfrentar o problema de forma positiva e acionável (correção do problema). A partir dos quatro problemas selecionados, dividiram-se a equipe e os problemas em dois grupos. Na primeira rodada, cada equipe elaborou potenciais desafios "como poderíamos" em função dos dois problemas atribuídos a ela. Após o tempo determinado, as equipes trocaram de problemas entre si e recomeçaram o processo de elaboração de desafios, só que agora com base nos problemas e nos desafios gerados pelo outro grupo.

Assim, no primeiro momento cada equipe tem acesso ao subconjunto de problemas que vai trabalhar e no segundo momento tem acesso ao subconjunto seguinte, já com desafios propostos pela outra equipe. O resultado foi uma visão conjunta dos potenciais desafios sob óticas diferentes e em cima de informações cumulativas.

A divisão do grupo em equipes e a atribuição de um subconjunto dos problemas a cada rodada parecem ter gerado maior diversidade e qualidade nos desafios propostos, em comparação com o resultado de outras equipes treinadas anteriormente, em que os problemas foram apresentados para o grupo todo e os participantes escolheram livremente para quais problemas descrever os desafios.

Após a etapa de formulação, os participantes organizaram e dividiram os desafios em grupos de interesse. A orientação aos problemas segue igual, porém os agrupamentos revelaram potenciais áreas para o trabalho futuro da equipe. Após a categorização em grupos

de interesses, a equipe votou os desafios mais aderentes aos problemas propostos e ao objetivo.

Os grupos de interesse e os desafios propostos são o segundo passo para a organização taxonômica e para a criação do filtro de ideias.

2.3.4 Brainstorm

O brainstorm^[14] é uma ferramenta voltada para a captação de ideias sem filtros, com o objetivo de ampliar os horizontes do trabalho, e permeia todo o conjunto de ferramentas adotado no projeto, de modo adaptado aos desafios escolhidos, tendo permitido que as ideias embasassem a elaboração do filtro, sendo necessário destacar que os participantes foram orientados a se questionar, em um momento de autoempatia, sobre quais perguntas fariam aos idealizadores das ideias geradas, especificamente em relação aos dois aspectos basilares da oficina: a) organização taxonômica e criação do filtro de ideias; b) criação do banco de ideias, já preenchido com a produção dos participantes.

2.4 O “entregável” da oficina

A oficina “Capacitação Básica para a Comissão de Inovação” produziu um Plano de Gestão de Inovação (PGI), voltado para as especificidades da PRR/2ª Região, a partir do Planejamento Estratégico do Ministério Público Federal.

Esse PGI consubstancia o “entregável” da oficina e visa criar parâmetros objetivos para o processo de inovação, bem como definir prioridades de acordo com as capacidades das equipes voluntárias, necessidade identificada durante o iLabthon 2021,^[15] cujo protótipo poderia ter sido implementado sem o PGI, mas a ausência de parâmetros claros deixou evidente a inviabilidade de efetivo funcionamento desse laboratório.

O PGI construído, o “entregável” da oficina, permitiu o avanço na criação e, mais importante, ajudou a contornar a inviabilidade prática, além de atrair mais interessados no processo de inovação.

2.5 PDCA da “Capacitação Básica para a Comissão de Inovação” – Módulos 1 e 2

A questão mais importante não é a aptidão para entregar o produto PGI em outras unidades (escalabilidade e replicabilidade), mas sim a integração de um PDCA em cada uma das atividades da oficina.

Assim, a cada atividade, a oficina se especializava para atender às demandas que eram compreendidas a cada ciclo.

Esse mesmo PDCA significa que, a cada iteração da “Capacitação Básica para a Comissão de Inovação”, esta será capaz de mapear as necessidades de melhoria. Veja-se que na PRR/2ª Região inicialmente foram escolhidos quatro objetivos e destes apenas um foi trabalhado com a profundidade “ideal” (com muitas aspas, devendo ser lido no sentido de “possível”).

Então, a referida unidade pode rever seu “ideal” a cada “N” meses, mas outras unidades podem consultar o Miro e partir das discussões que já foram feitas por outras equipes. Um PDCA coletivo e assíncrono, mas potencialmente fortalecedor do PGI.

E, por ser um trabalho síncrono e assíncrono, o trabalho de cada unidade no Miro pode ser objeto de discussão com servidores de outras unidades, o que reforça a integração entre as unidades e pessoas.

2.6 Automação do processo de coleta de “propostas” e “julgamentos”

A oficina “Capacitação Básica para a Comissão de Inovação” roda no sistema Miro, junto com o Zoom, de forma otimizada. Replicam-se todos os padrões esperados da metodologia Google Sprint e outras.

Contudo, a capilarização do processo de inovação de forma ideal não é factível, não de imediato.

A solução para a capilarização imediata é a criação de formulários de “proposta” e “decisão” específicos para a criação de: a) laboratórios, b) produtos, c) peças processuais.

Pode-se aplicar a regra Pareto 80/20 na capilarização da inovação, com a criação de PGIs menos detalhados, porém suficientemente discutidos e factíveis, na verdade “planos de ação” próximos ao da “PR-DF/2021”.^[16]

Os laboratórios podem ser esboçados, com menor profundidade, mas ainda assim serão capazes de funcionar. O grau de refinamento atingido na “Capacitação Básica para a Comissão de Inovação” é bastante superior ao efetivamente necessário para o início dos trabalhos.

Os produtos (propostas e julgamentos), por sua vez, ao observarem a formularização, podem se tornar mais frequentes, além de se tornarem nacionalizados. Aqui, a capilarização da inovação permitirá que unidades PRMs participem nacionalmente do processo de inovação.

Portanto, a proposta é nacionalizar, capilarizar, o processo de inovação, de forma “ágil”, com o uso de um ecossistema de inovação, capaz de atender Pareto (80/20) e com isso obter 80% do valor *Inovação*, com menos de 20% do trabalho e custos necessários para implantar o modelo “ideal”.

3 Filtros dialéticos e ágeis em processos massivos de inovação no serviço público

“Pocket Labs”, ou “laboratório de bolso”, é o nome escolhido para simplificar a proposta de criação e adoção de *filtros dialéticos e ágeis em processos massivos de inovação no serviço público*. A realidade parece exigir inovação em massa, o que demanda a criação e disseminação de kanbans simplificados de inovação e, dentro destes, filtros de ideação.

3.1 Introdução à necessidade de inovação massiva

O enfrentamento de necessidades humanas é atemporal e apolítico porque os recursos disponíveis para a humanidade, seja em pequenos grupos familiares, seja em termos globais, tendem a ser escassos. Ou seja, “a necessidade é a mãe da invenção” e isso significa que quanto maior a necessidade a ser atendida, maior a importância da invenção para a sobrevivência do grupo.

A República Federativa do Brasil existe para atender necessidades do povo,^[17] titular do poder,^[18] o que exige a prestação de serviços públicos

de qualidade, não obstante a escassez de recursos. A arrecadação tributária e o orçamento são limitados, mas as necessidades humanas, justas é bom dizer, superam as forças do Estado.

Ora, se é necessário atender massivas necessidades, a fim de evitar massivas violações a direitos humanos, mas o Estado possui capacidade orçamentária limitada, é necessário, como forma de proteger direitos fundamentais, fazer ponderações entre valores e direitos e atender àquilo que for possível, o que importa reconhecer a perpetuação de não prestações estatais.

A eternização de omissões justas e razoáveis, em virtude da impossibilidade fática de atender a todas as necessidades básicas da sociedade, ou de grupos mais vulneráveis, pode eternizar as massivas violações de direitos humanos que o Estado deve combater.

Então, se as necessidades são massivas – e o resultado das omissões é massivo –, a forma de atendê-las deve ser massiva, o que ora se propõe, com a adoção de “Filtros dialéticos em processos massivos de inovação no serviço público”.

Filtro é uma ferramenta que retira partículas indesejadas, um limitador, separador. No caso das ideias, o filtro retém, elimina, aquelas que, por escolha do decididor, não se mostram adequadas naquele momento. É diferente de um filtro de água, no qual água limpa tende a ser o único objetivo. Na ideação, o filtro muda, deve mudar, de forma constante, com o objetivo de extrair as informações que em um dado momento se mostram necessárias, na visão de um decididor.

E esse filtro é “dialético”. Nesse sentido, o ciclo “hipótese, antítese e tese” é uma simplificação do método dialético, que pode ser lida como o “planejar, fazer, checar e corrigir” do ciclo PDCA, um método dialético de gestão.

Assim, se o filtro de inovação deve ser dinâmico, customizado e individualizado para cada questão/órgão, o PDCA da oficina de inovação deve produzir filtros mais precisos a cada iteração do processo de inovação. Logo, é necessário que todas as ferramentas sejam dialéticas, em maior ou menor escala, mas o filtro proposto é a convergência de todo o processo dialético.

Por fim, o processo massivo de inovação. “A massividade das necessidades exige a massividade das soluções” parece uma afirmação razoável, porém, em consulta ao Google, “Nenhum resultado encontrado para ‘A massividade das necessidades exige a massividade das soluções’”. Não obstante, é razoável aceitar a noção, e, como consequência, o processo de inovação deve ser viabilizado de forma massiva, com o objetivo de atender ao maior número de problemas ao mesmo tempo.

O processo massivo de inovação pode/deve consistir em (I) qualificar o maior número possível de pessoas, (II) para um kanban de solução de problemas específico, (III) para a solução de demandas massivas.

O filtro de inovação validado durante as oficinas de construção do PGI/PRR/2ª Região é um kanban – fazer, fazendo, feito – e isso significa que os participantes da oficina ou indivíduos fora dela, de forma síncrona ou assíncrona, podem construir ideias e projetos dentro de métricas previamente ajustadas pelo *decididor* (pessoa ou órgão). Em síntese, os filtros são usados como primeira camada de restrição, antes mesmo do processo de ideação, para orientar dentro dos parâmetros fixados nos Objetivos Estratégicos do MPP.^[19]

Esse modelo, conforme o item 2.3, envolve/obedece a seguinte ordem: processo de divergência e convergência; OKR; problemas; desafios; gerar ideias; analisar as ideias geradas.

Enfrentam-se as dificuldades: “Como sair do papel de idealizador e empatizar com quem analisará as ideias?”; “Quais perguntas faríamos para os idealizadores delas?”; “Quais perguntas faríamos para as próprias ideias?”.

A proposta em exame busca ser impessoal e prática, indo além de categorizar quanto ao esforço e resultado, bem como adota o conceito de baterias incluídas, o que facilita o entendimento de cada etapa por mostrar em cima de qual massa de dados se trabalhará.

3.2 Taxonomia e dialeticidade

O mérito do filtro, conforme demonstrado acima, está ligado à sua revisão constante e, a partir dela, à revisão do restante do projeto.

Ao finalizar a primeira versão da oficina, aquela que será utilizada pelos participantes, é importante observar que existem duas variáveis na especialização das oficinas: atores e problemas.

Não parece haver, no momento, dados sobre a repetição, ou não, de problemas/atores como ferramenta de especialização da oficina a partir da reiteração.

Frise-se que a reiteração ocorre ainda que problemas/atores sejam absolutamente diversos, uma vez que o molde da oficina é especializado para o serviço público e suas características mais gerais. Então, a constante revisão especializa três vértices: parte geral, parte específica e treinamento dos atores.

Atualmente, adotam-se oficinas genéricas para resolver problemas específicos em escala reduzida.

O que se propõe é que as oficinas tenham triplo objetivo: a) resolver os problemas propostos de acordo com os filtros dialéticos estabelecidos; b) qualificar para o processo de inovação; c) (re)construir filtros dialéticos, voltados para a massiva concretização de direitos humanos pela prestação de serviços públicos.

Assim, a dialética entre a taxonomia do banco de ideias e os filtros requer a categorização dos desafios e futuramente dos questionamentos sobre as ideias, o que permitirá armazenar, organizar e reutilizar o trabalho.

Como dito, os filtros são usados como primeira camada de restrição, antes mesmo do processo de ideação, para orientá-lo, podendo ser qualitativos ou quantitativos.

O diferencial desse modelo de filtros dialéticos e massivos é ser qualitativo, não havendo notícia sobre outros modelos, especificamente baseados em perguntas, ainda que possa haver similitude com outras formas de filtro, como a matriz 5w2h^[20] ou a matriz GUT^[21] (gravidade, urgência, tendência), ambas próximas à matriz Esforço x Resultado.^[22]

O quadro do Miro, após sua enésima revisão, foi adaptado para permitir, durante a oficina, que o framework (a estrutura da oficina) e as lacunas/espacos fossem cocriados^[23] pelos participantes, de forma dinâmica, para atender as necessidades reconhecidas e posteriormente

validadas, com a exclusão das necessidades pouco relevantes ou de atendimento inviável.

É necessário repisar que o uso de perguntas como filtros e o processo de construção destas perguntas/filtros, neste modelo, são inseparáveis, reconhecendo utilidade apenas ao filtro dialético, aquele em que a pergunta (filtro) tiver sido construída pelo embate entre “hipótese, antítese e tese”.

A análise da massa de ideias, de acordo com a categorização de “Macrocategoria do desafio” > “Desafio”, complementa o modelo proposto para a construção de perguntas, orientada pela *taxonomia* da lista de tipos de perguntas a que correspondem.

Neste momento, o importante é obter a maior quantidade possível de perguntas para as ideias, como em um brainstorm, o que parece negar a priorização da qualidade, mas não é o caso.

Veja-se que a qualidade é o objetivo, mas o processo dialético entre ideias rotuladas como “boas” e “ruins”, especialmente aquelas fora de contexto, pode disparar os gatilhos de ideação nos colegas. São constantes os relatos sobre uma ideia “absurda” que, após discussão sem preconceitos, permitiu ao grupo construir algo fora da caixa, altamente disruptivo. Até mesmo a “genialidade” de algumas ideias é beneficiada pela quantidade de “perguntas base”, pois a diversidade de ideias é que permite a validação. Logo, a qualidade tende a variar em função da diversidade, e esta em razão da quantidade, o que aliás está implícito na dialética.

Na segunda etapa o grupo deve se indagar sobre quais palavras podem ser atribuídas como rótulos, tags ou palavras-chave para as ideias em análise.

Os subgrupos, então, designam um leitor para a ideia e depois todos escrevem palavras-chave que entenderem potencialmente adequadas, sem se ater a qualidade. As palavras-chave podem ser repetidas por participantes diferentes ou em ideias diferentes.

Em seguida, as palavras-chave são analisadas e “agrupadas por afinidade”, grupo que deve ser nomeado de forma a ser uma pergunta. O mesmo procedimento será replicado para listas de opção.

Importante ressaltar que cada pergunta pode receber uma ou mais Tag/Etiqueta/Palavra-Chave, o que fortalecerá a taxonomia e a qualidade dos dados.

A extração de relatórios por tag (indexador da ideia) retornará diversas ideias ligadas a essa tag ou similares, o que viabilizará a pesquisa de “ideias relacionadas”, mediante aplicação de inteligência artificial e geração de agrupamentos de ideias, criando também hipóteses a serem evoluídas e validadas (exemplo: “a IA agrupou essas quinhentas ideias nesses trinta grupos, vamos analisar?”).

3.3 Divisão de tarefas e grupos

A base da construção dinâmica dos filtros dialéticos é a análise de perguntas previamente escolhidas, o que requer a divisão do trabalho entre grupos menores, de forma que um grupo faça as proposições iniciais e outro, em seguida, faça críticas, para que, ao final, a totalidade do grupo possa reavaliar a proposição de questão formada pelo choque entre tese e antítese. Adotam-se, de início, perguntas no padrão SIM/NÃO como forma de iniciar o processo de crítica das perguntas que nortearão o trabalho. Questionam-se, em cada hipótese, mediante SIM/NÃO, os aspectos objetivos da ideia, como: Gera custo? Gera economia? Envolve aprovação da chefia imediata? A implementação é viável? Depende de outros setores? Ocorre que o processo iniciado com SIM/NÃO evolui, conforme o interesse do grupo, para questionamentos mais aprofundados, os quais, após validados, integrarão o framework e serão julgados por futuros participantes.

O processo de discussão, nesses subgrupos, pressupõe a leitura da “questão base” – em voz alta – e que os participantes, em suas respostas, busquem formularizar questões sobre a questão inicial, como forma de aprofundar a compreensão do tema em discussão, limitadas a enunciados que possam ser respondidos com SIM/NÃO. Todos os enunciados são anotados e, em seguida, passa-se à “questão base” seguinte, até que todos os grupos de ideias sejam analisados por todos os grupos de participantes, ou, pelo menos, que cada grupo analise as “questões base” que lhe competem.

A terceira etapa se concentra em perguntas numéricas, tais como prazos, datas, valores, quantidade de horas, recursos necessários, recursos liberados, valor economizado com a ideia, tempo economizado etc.

Quanto às perguntas abertas, os participantes da oficina devem se concentrar na ideação, o que demanda a assunção do papel de entrevistadores, de forma a forçar o diálogo com as ideias, por meio de perguntas sobre as dúvidas e anotação das respostas. A dramatização ajuda a visualizar o que os futuros ideadores terão que responder sobre suas ideias. Como consequência, as perguntas orientam o pensamento dos ideadores, além de favorecer a busca textual no banco de ideias e uma variedade maior de elementos buscáveis. O engajamento, no sentido de comprometimento, permite à equipe criar perguntas cujas respostas serão estudadas no futuro, e quanto maior a quantidade de perguntas abertas, sujeitas a posterior triagem, maior a chance de validar o projeto.

3.4 Perguntas escalares

Existem "N" modelos de perguntas escalares, mas foram adotados, de forma complementar, "Escala de likert não ambígua" e "Escala de likert ambígua".

Na adoção da Escala de likert não ambígua, definem-se quais perguntas precisam ser respondidas no estilo: "muito A"; "pouco A", "pouco B", "muito B" ou "concordo totalmente", "concordo parcialmente", "discordo parcialmente", "discordo totalmente".

Esse formato se propõe a retirar a ambiguidade, devendo ser utilizado para forçar que o respondente "tome partido", eliminando a possibilidade de neutralidade. A redação, portanto, deve eliminar a possibilidade de neutralidade na resposta, sobre as ideias. Exemplo: Essa ideia tem potencial de reduzir o consumo de papel? "Concordo totalmente", "concordo parcialmente", "discordo parcialmente", "discordo totalmente".

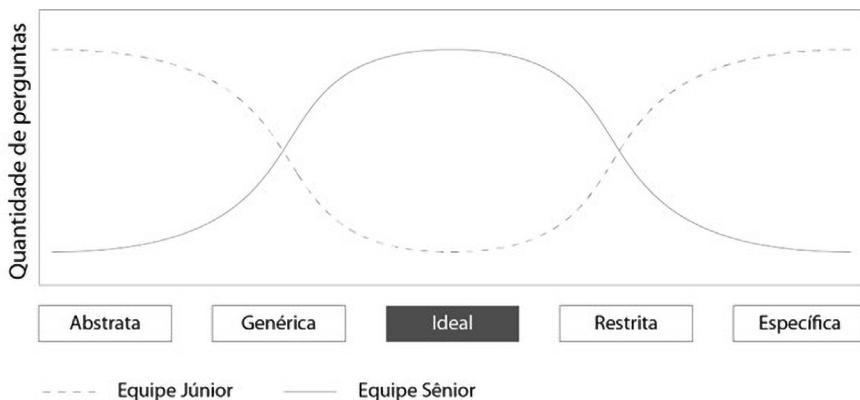
Quanto à escala de likert ambígua, a literatura sobre o tema é no sentido de formularizar a questão "O que você acha da gestão de qualidade em alimentos nos mercados varejistas?" e seus resultados possíveis: "péssimo"; "ruim"; "regular"; "bom"; "excelente", nos seguintes

termos: "A gestão de qualidade em alimentos nos mercados varejistas é excelente", com as seguintes respostas: "concordo totalmente", "concordo parcialmente", "discordo parcialmente", "discordo totalmente".

Ademais, é importante lembrar que não há inter-relação de escala entre as perguntas que adotam essa escala nem entre um item e outro, não sendo aceitas propostas de escala assim redigidas: (I) Concordo totalmente = 2; (II) Concordo parcialmente = 1; (III) Neutro = 0; (IV) Discordo parcialmente = -1; (V) Discordo totalmente = -2. Esse conjunto de atividades encerra a primeira etapa, o brainstorm de perguntas.

Superada a etapa inicial, o foco do trabalho se ajusta à necessidade de identificar as pontas e filtrá-las, o que significa redução considerável da quantidade de perguntas, com o objetivo de examinar minuciosamente as ideias restantes, processo que pode ser compreendido com a visualização da figura que representa isso.

Gráfico 1



Fonte: elaborado por Husseyn Alaouieh Chaves.

Veja-se que esse gráfico representa uma distribuição estatística em que:

- as perguntas abstratas e as específicas são muitas e ficam nas pontas;
- a senioridade da equipe pode gerar uma distribuição mais similar à curva de distribuição normal/Gauss.^[24]

Em síntese, o sentido da inflexão da parábola e a acentuação da curva “normal” constituem um indicador de maturidade da equipe, sendo equipes mais juniores propensas ao U e equipes mais seniores propensas ao \cap . E, quanto mais ao centro, mais longe das pontas, tem-se maior qualidade das perguntas.

Em seguida, dá-se o agrupamento das perguntas em áreas de interesse e categorização dos desafios, e cria-se parte da taxonomia usada no banco e no filtro.

Da mesma forma, busca-se nomear as áreas de interesse de acordo com o agrupamento das perguntas e, com base na nomeação desses agrupamentos, ter-se-ão as áreas do filtro (ou etapas se o processo de filtragem for linear).

Por fim, a organização da taxonomia de acordo com esses critérios. Exemplo: Área de interesse: recursos necessários – A ideia envolve gastos financeiros? SIM/NÃO; O quanto as competências necessárias estão disponíveis para implementar a ideia? Muito escasso - Escasso; Disponível - Muito disponível.

Essa apertada síntese expressa o básico sobre as áreas do formulário.

Encerradas a primeira triagem (corte na normal) e a categorização das perguntas em áreas de interesse, devem-se priorizar as perguntas dentro das áreas de interesse, e, em cada uma delas, as perguntas são objeto de votação.

O correto funcionamento da oficina pressupõe a limitação das áreas de interesse entre cinco e oito, cada uma com dez a quinze perguntas, as quais serão afuniladas na etapa seguinte, por meio de julgamento dos aspectos Complexidade e Granularidade, conforme estabelecido no banco de ideias/taxonomia.

Observado o resultado da votação, será construído um “Google Forms” com as “N” perguntas mais votadas, as quais seguirão para a próxima etapa.

A validação do filtro ocorre por meio da tentativa de passar as ideias geradas no brainstorm, fonte de análise para a elaboração das perguntas utilizadas no filtro, o que demanda o preenchimento de dois

campos em cada pergunta: (I) resposta e (II) observações (dúvidas, sugestões, melhorias). Caso o filtro se mostre adequado, ele será aprovado; se inadequado, haverá a revisão imediata. Não ocorre o uso real de formulários não validados, o que evita fracassos reais.

Ocorre que a validação do formulário é apenas a primeira etapa do PDCA, à qual se seguem, em ordem: a) o ajuste do formulário/filtro; b) a repetição do processo de passagem das perguntas por ele; c) a anotação de novas observações durante o respondimento.

O processo termina quando o grupo tem segurança de que as informações necessárias estão sendo capturadas pelo formulário/filtro, ou seja, servem para taxonomia e para filtragem de ideias, antes ou depois de campanhas ou processos de ideação.

Em síntese, o objetivo é utilizar o método ágil para construir filtros ágeis e dialéticos.

4 Conclusão

A criação de parâmetros e ferramentas de gestão da inovação – especificamente o kanban de construção de PGI e automação dos fluxos “proposição” e “decisão” –, somada ao treinamento dentro do sistema, atende o ONU/ODS/16, uma vez que capacita o maior número possível de pessoas no âmbito do MPF – membros, servidores, terceirizados, estagiários e externos –, para produzir inovações orientadas aos objetivos da instituição.

O “entregável” dos módulos 1 e 2 da oficina “Capacitação Básica para a Comissão de Inovação” consiste no “PGI – PRR/2ª Região” (MPF, 2022b), documento que demonstra a efetividade da proposta e reforça a viabilidade de escalabilidade e replicabilidade para outras unidades do Ministério Público da União. As oficinas foram gravadas e sua revisão para PDCA permitiu aprimorar a metodologia adotada.

O Pocket Lab proposto, então, permite que o processo de gestão da inovação ocorra simultaneamente em todas as unidades, ainda que de forma assíncrona entre os participantes e os facilitadores, seja no Miro, seja no sistema Pocket Lab, especialmente em razão da customização do kanban para as especificidades dos objetivos do MPF e da instrutoria

permanente dentro das plataformas, sendo necessária apenas a alocação de horas em treinamento/oficina, sem a criação de outros custos.

O reconhecimento de que o processo de inovação, no serviço público, deve atender a necessidades massivas e, bem por isso, deve ser igualmente massivo, levou à criação e adoção de filtros dialéticos e ágeis, voltados à especialização de kanbans de inovação para demandas massivas.

É possível, ainda, estender o modelo para o Judiciário, como forma de caminhar na concretização do ODS 16, sem se esquecer da replicabilidade do modelo para o Legislativo e Executivo (federal, estadual, distrital ou municipal), sendo necessário apenas ajustar os objetivos, pois a metodologia e o treinamento são essencialmente iguais.

Referências^{[25]-[26]}

APLICATIVO Maria da Penha Virtual chega a todo o estado no Dia Internacional da Mulher. **TJRJ**, Rio de Janeiro, 7 mar. 2022. Notícias. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/83994969>. Acesso em: jun. 2022.

BARRETO, R. J. V. **Análise comparativa da liderança militar e empresarial no contexto do mundo VUCA**: desafios e oportunidades. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Ciências Militares) – Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, Rio de Janeiro, 2019.

BÉLA H. Bánáthy. In: WIKIPEDIA: the free encyclopedia, [s. l.], 10 jul. 2022. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/B%C3%A9la_H._B%C3%A1thy. Acesso em: jul. 2022.

CONSISTEM. Como relatórios Drill Down ajudam na identificação de falhas? **CONSISTEM**, [s. l.], 2018. Disponível em: <https://blog.consistem.com.br/relatorios-drill-down-na-identificacao-de-falhas/>. Acesso em: 27 fev. 2021.

KNAPP, J.; ZERATSKY, J.; KOWITZ, B. Sprint. **O método usado no Google para testar e aplicar novas ideias em apenas cinco dias**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. Gabinete do Procurador-Geral. **Portaria n. 3, de 11 de fevereiro de 2022**. Brasília: MPF, 2022a.

MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. Secretaria de Educação e Desenvolvimento Profissional. **Dicionário de competências no Ministério Público Federal**. 2. ed. Brasília: MPF, 2017.

MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Regional da República da 2ª Região. Gabinete do Procurador-Chefe. **Portaria PRR2 n. 232, de 8 de novembro de 2021**. Rio de Janeiro: MPF, 2021.

MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Regional da República da 2ª Região. Portaria n. 43, de 14 de março de 2022. Institui o Laboratório de Inovação da Procuradoria Regional da República - 2ª Região e define sua composição. **DMPF-e**, n. 52/2022 – Administrativo, p. 3-39, 18 mar. 2022b. Disponível em: <http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/diarios-e-boletins/diario-eletronico-dmpf-e/2022/DMPF-ADMINISTRATIVO-2022-03-18.pdf>. Acesso em: jul. 2022.

PINHEIRO, T. **Sprint Master's Guide**: the complete guide to service Design Sprints. [Plataforma de publicação independente CreateSpace], 2017.

PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE. **A guide to the project management body of knowledge (PMBOK®)**. 3. ed. Newtown Square, PA: Project Management Institute, 2004.

QUINTINI, Glenda. Over-qualified or Under-skilled: a review of existing literature. **OECD Social, Employment and Migration Working Papers**, Paris, n. 121, 2011. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5kg58j9d7b6d-en.pdf?expires=1656609047&id=id&accname=guest&checksum=FD8BD579FE8F4DB9C8B215821AF24B6D>. Acesso em: 18 set. 2019.

REINO UNIDO. British Design Council. **Eleven lessons**: managing design in eleven global companies: Desk research report. London: Design Council, 2007.

SCOTT, S. J. **Metas Smart en palabras simples**. Ed. S.J. Scott. New York: Babelcube, 2014.

SIGMAX. Como aplicar o diagrama de Ishikawa e os 5 porquês. **Sigmax**, [s.l.], 2020. Disponível em: <https://www.sigmaxejr.com.br/post/diagrama-de-ishikawa-e-os-5-porqu%C3%AAs>. Acesso em: 27 fev. 2021.

URDE, M. The corporate brand identity matrix. **Journal of Brand Management**, London, v. 20, p. 742-761, 2018.

YOGUI, R. **Framework de inovação, modelo aberto para gestão da inovação.** Rio de Janeiro: Creative Commons, 2015.

YOGUI, R. **Open innovation framework:** strategic innovation planning and management. Rio de Janeiro: [s. n.], 2017.

Notas

- [1] “Pocket Labs”, “laboratório de bolso”, é o nome escolhido para simplificar a proposta de criação e adoção de “filtros dialéticos e ágeis em processos massivos de inovação no serviço público”, uma vez que a realidade parece exigir inovação em massa.
- [2] Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/aplicativo-maria-da-penha-virtual>. Acesso em: jul. 2022.
- [3] Cf.: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/12/vencedores-premio-viviane-amaral.pdf>.
- [4] Disponível em: <https://youtu.be/o5tIKi-Q9Gk?t=13487>. Acesso em: jun. 2022.
- [5] Nomes completos: Alexandre dos Santos Luna, Anna Beatriz Rodrigues Campello de Freitas Penalber, Celia Regina Gonçalves Lima, Daniel Santiago Coutinho de Miranda, Elielson Macedo Feliciano, Hassany Alaouieh Chaves, Júlio Cesar Dias de Souza, Lissandra Santos Vieira.
- [6] Miro é um programa que oferece um quadro branco online para que equipes trabalhem colaborativamente, ao mesmo tempo ou separadas.
- [7] Zoom é um programa de videoconferências em que os usuários podem se comunicar por voz e texto, além de se dividirem em salas para conversas paralelas e poderem compartilhar suas telas com os colegas.
- [8] Discord é um programa de trabalho em grupo online, com canais de mensagem, salas de videoconferência e integração com outras ferramentas de teletrabalho.
- [9] “Pilhas incluídas” é um termo da indústria de software que se refere aos programas que já apresentam todos os componentes necessários para sua execução, mantendo, ainda, sua capacidade de customização, troca ou expansão de componentes de acordo com as necessidades.
- [10] O “duplo diamante” é o nome do processo de design de soluções popularizado pelo British Design Council em 2005 e adaptado do modelo de divergência e convergência proposto em 1996 pelo linguista húngaro-americano Béla H. Bánáthy (BÉLA..., 2022).
- [11] “Objetivos Estratégicos” são os objetivos levantados pelo Mapa Estratégico MPF 2022-2027 (disponível em: <http://www.mpf.mp.br/o-mpf/sobre-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf/planejamento-estrategico/planejamento-estrategico-2022-2027/mapaestrategicoMPF20222027.pdf>; acesso em: jul. 2022).

- [12] “Matriz SMART” é uma ferramenta visual de avaliação de objetivos, em que cada letra significa um aspecto e diversos objetivos são dispostos para votação segundo os critérios definidos pelo facilitador. Os objetivos com a maior nota no somatório de todos os aspectos são destacados pela análise, favorecendo a tomada de decisão.
- [13] “Diagrama de Ishikawa” é o nome popular de um diagrama de investigação de relações de causa e efeito, baseado em perguntas e popularizado por Kaoru Ishikawa, da Universidade de Tóquio, nos anos 1960.
- [14] “Brainstorm” ou “tempestade de ideias” é o nome dado à dinâmica em grupo em que os participantes são confrontados com um desafio em comum e devem anotar todas as ideias que tiverem. Essa dinâmica deve ser realizada com base em um desafio claro e ter tempo restrito.
- [15] “iLabthon 2021” se refere à primeira maratona do mundo para criação de laboratórios de inovação no setor público, onde equipes de diversas instituições se reuniram para pensar sobre como melhorar diversos aspectos da gestão e administração pública.
- [16] “PR-DF” se refere a uma turma concreta que recebeu o treinamento básico em inovação e gerou entregáveis dentro do escopo esperado.
- [17] CRFB/1988, art. 3º: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; 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.”
- [18] CRFB/1988, art. 1º: “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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei n. 13.874, de 2019) V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”
- [19] “Objetivos Estratégicos do MPF” são os objetivos levantados pelo Mapa Estratégico MPF 2022-2027 (disponível em: <http://www.mpf.mp.br/o-mpf/sobre-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf/planejamento-estrategico/planejamento-estrategico-2022-2027/mapaestrategicoMPF20222027.pdf>; acesso em: jul. 2022).
- [20] “Matriz 5w2h” é uma ferramenta de plano de ação que consiste em sete perguntas – os “Ws” da sigla representam (em inglês): o quê (*what*), por quê (*why*), onde (*where*), quando (*when*) e quem (*who*). Os dois “Hs” significam: como (*how*) e quanto custa (*how much*).

- [21] “Matriz GUT” é uma ferramenta de priorização de ações de acordo com cenários que variam em três dimensões: Gravidade, Urgência e Tendência.
- [22] “Matriz Esforço x Resultado” é uma ferramenta de planejamento estratégico para orientar a decisão de acordo com o possível efeito das ações.
- [23] Parece haver correlação com o construtivismo de Paulo Freire, o que será aprofundado em outro momento.
- [24] “Curva de distribuição normal ou Gaussiana” é uma distribuição numérica teórica e prática utilizada em estatística e aparece frequentemente na análise de grandes números, sendo caracterizada por pontas finas e um centro protuberante.
- [25] Extraído do PGI (MPF, 2022b).
- [26] Elaborado em conjunto com Elielson Macedo Feliciano.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no processo do trabalho: breves comentários

Izabel Cristina de Almeida Teles

Assessora Jurídica do Ministério Público do Trabalho. Mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas no Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Instituto de Educação Superior de Brasília (Iesb).

Resumo: O presente artigo se propõe a fazer breves comentários sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no processo do trabalho, instituto esse consolidado pelo Código de Processo Civil de 2015. Serão analisados os princípios que o justificam e as circunstâncias que levaram o legislador a instituir o referido incidente. Falar-se-á, ainda, dos procedimentos desse instituto.

Palavras-chave: incidente de resolução de demandas repetitivas; princípios da isonomia, da segurança jurídica e da duração razoável do processo; processo do trabalho.

Sumário: 1 Introdução. 2 A relevância do IRDR para a concretização dos princípios da isonomia, da segurança jurídica e da duração razoável do processo. 3 As questões que antecedem o IRDR. 4 O IRDR no processo do trabalho. 5 Conclusão.

1 Introdução

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é tido como uma das mais importantes inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), tendo em vista o alcance das suas finalidades: colocar em prática os princípios da isonomia, da segurança jurídica e da duração razoável do processo; trazer efetividade à prestação jurisdicional; e concretizar os direitos fundamentais trabalhistas.

Referidos objetivos são alcançados quando a solução de questões jurídicas é a mesma para os casos iguais, o que, até então, não era vislumbrado de forma efetiva, ante as decisões diversas (e antagônicas) dos magistrados, o que, sem dúvida, viola os mencionados princípios e vai de encontro à busca pela efetividade jurisdicional.

Nesse sentido, o CPC/2015, atentando-se à necessidade da uniformização da jurisprudência, a fim de mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926), previu, em seu art. 927, III, que os juízes e os tribunais observarão os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

O IRDR também está previsto na Instrução Normativa n. 39, editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, em seu art. 8º, ao preceituar que os arts. 976 a 986 do CPC/2015 se aplicam ao processo do trabalho.

Certamente, o IRDR, enquanto um dos instrumentos possíveis do microsistema de litigiosidade repetitiva, tem muito a contribuir para a justiça trabalhista, conforme se verá.

2 A relevância do IRDR para a concretização dos princípios da isonomia, da segurança jurídica e da duração razoável do processo

Fato é que ações individuais com as mesmas situações fáticas possuem decisões diversas e, até mesmo, antagônicas (MENDES, 2017, p. 21). Essa desigualdade tem sido uma ameaça ao princípio da isonomia, preconizado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, com desdobramentos e impacto na segurança jurídica, bem como na duração razoável do processo.

Maurício Godinho Delgado pontua que o princípio da igualdade, em seu sentido material, encontra relevante espaço no campo do Direito Processual, tanto no processo constitucional como no infraconstitucional (DELGADO, 2017, p. 88).

Esclarece, ainda, o autor que a noção de igualdade em sentido material no Direito Constitucional do Ocidente surge apenas no século

XX, quando, então, fala-se em Estado Social de Direito, iniciado pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919), como também pela criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), consolidando, subsequentemente, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito (DELGADO, 2017, p. 87).

Nesse novo modelo de Estado, houve um aumento da gama de direitos para os cidadãos, exigindo-se do Estado, em sua função judicante, o papel de garantidor de direitos fundamentais. Além do mais, a partir do constitucionalismo pós-guerra, o direito de ação foi ampliado, o que culminou em um aumento considerável de ajuizamento de ações individuais. Isso também se deu graças à redemocratização e ao fortalecimento do Judiciário, principalmente nos países da América Latina (BRANDÃO, 2019, p. 65-66).

Mancuso afirma que, na verdade, o sentido substancial – e não apenas retórico ou formal – da igualdade prevista no art. 5º, I e II, da CF acontece quando há a concretização da função paradigmática pelos tribunais, que consiste em formar padrões decisórios para o tratamento isonômico aos casos análogos, atividade esta propiciada pela padronização decisória, sobretudo no julgamento dos casos repetitivos, em simetria com a diretriz da duração razoável do processo – CF, art. 5º, LXXVIII (MANCUSO, 2016, p. 407).

Ressalta, nesse sentido, que de nada valeria a garantia da igualdade se ela não repercutisse concretamente nos casos judicializados, devendo, portanto, ser estendida ao plano processual (MANCUSO, 2016, p. 409-410).

Com efeito, não soa razoável, bem como parece haver uma não observância ao referido mandamento constitucional que preconiza a igualdade, quando o Judiciário dispõe de interpretações diversas para casos repetitivos.

Nesse particular, afirma Mancuso:

É dizer, a isonomia não pode confinar-se apenas à lei enquanto posta abstratamente no ordenamento – a norma legislada – mas deve, igualmente, incidir quando a lei venha aplicada na resolução das controvérsias judicializadas – a norma julgada. É dizer: igualdade na lei, no sentido de que esta não deve conter desigualdades ilegítimas

ou injustificadas, e igualdade perante a lei, isto é, quando esta vem a ter sua passagem judiciária (ou mesmo administrativa), caso em que os Tribunais e o Poder Público devem zelar para que sua exegese seja uniforme, como condição para o tratamento isonômico aos jurisdicionados e administrados. (2016, p. 407-408).

Ademais, ao ferir a igualdade substancial por meio da dita “jurisprudência lotérica”, compromete-se igualmente a segurança, valor necessário para a harmonia da sociedade.

O princípio constitucional da segurança pode ser definido como *sensação e garantia de higidez física, psíquica, jurídica e institucional assegurada pela Constituição e pelo ordenamento jurídico às pessoas na vida social* (DELGADO, 2017, p. 89).

A instabilidade advinda de julgados contraditórios ameaça a paz e o bem-estar, valores almejados pelo paradigma constitucional vigente, razão pela qual institutos como o IRDR tornaram-se um meio – necessário, urgente e eficaz – para concretizar os princípios da isonomia, da segurança jurídica e da duração razoável do processo.

Com efeito, referidos princípios justificam a existência do IRDR e são os parâmetros para a sua aplicação. Afinal, por meio do mencionado incidente, é possível concretizar a isonomia entre os jurisdicionados, garantindo a estabilidade da prestação jurisdicional, o que define a segurança jurídica (TEMER, 2017, p. 39-40).

Certamente, ao se adotar uma tese jurídica para ser aplicada em inúmeros processos, há uma redução do tempo da duração dos processos judiciais, alcançando, igualmente, desse modo, a concretização do princípio da duração razoável do processo.

3 As questões que antecedem o IRDR

O Código de Processo Civil de 2015, em um movimento que aproxima o sistema jurídico brasileiro com o *common law*, por meio dos arts. 926 e 927, estabelece um microssistema destinado à resolução de casos repetitivos, que valoriza o sistema de precedentes.

Dentro desse microssistema, está o objeto de estudo deste artigo: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Referido instituto

foi inspirado no direito alemão, que, de forma inédita, estabeleceu o *Musterverfahren* (procedimentos-modelo).

Em 1979, o Tribunal Administrativo de Munique recebeu milhares de ações ajuizadas em razão da construção do aeroporto internacional de Munique. Diante desse cenário, o órgão judicial de primeiro grau, percebendo tratar-se de processos que traziam a mesma questão de direito, decidiu por inovar e escolheu quarenta procedimentos para julgamento. Os demais seriam suspensos por tempo indeterminado, no aguardo do julgamento paradigmático dos procedimentos-modelo (*Musterverfahren*) (MENDES, 2017, p. 30-31).

Apesar da controvérsia no meio jurídico, ante a ausência de previsão legal, a Corte alemã decidiu, em 1980, pela constitucionalidade desse inovador sistema de julgamento, sob o entendimento de que referida técnica processual era compatível com os princípios constitucionais (MENDES, 2017, p. 31 e 33).

Ainda, para bem compreender o IRDR, necessário se faz tecer alguns comentários sobre os sistemas de precedentes do *common law* e do *civil law*.

O sistema jurídico brasileiro, estruturado na tradição do *civil law*, tem suas bases firmadas na lei, priorizando, assim, a interpretação a partir do arcabouço constitucional e legal (MENDES, 2017, p. 77). Contudo, graças à globalização, que também repercute nas áreas de conhecimento, tornou-se possível um maior diálogo doutrinário entre os diversos ordenamentos jurídicos (MENDES; RODRIGUES, 2020, p. 732).

No *common law*, prevalecem os costumes e a jurisprudência, sendo os precedentes, portanto, fonte primordial desse modelo jurídico. Assim se sucedeu nesse sistema, de origem anglo-saxônica, em razão da insuficiência de leis escritas, o que demandou que se buscasse no direito não escrito e nos costumes a solução para os casos concretos, chancelando-se, assim, as reiteradas decisões judiciais (PRITSCH, 2020, p. 106). Explica o autor:

A acumulação dos julgados baseados em tais costumes e a necessidade de manter a coerência e a isonomia entre casos similares levaram à observância dos precedentes. Mais recentemente, a doutrina

aceitou a ideia de que o precedente possuía força de fonte de direito *per se*, independente da referência a antiquíssimos costumes, já, na prática, desaparecidos. Como corolário, passou-se a aceitar que o precedente criava direito, e não apenas declarava um direito preexistente. (PRITSCH, 2020, p. 106).

No *common law*, prevalece a doutrina do *stare decisis*, que vem da máxima latina *decisis et non quieta movere*, que quer dizer: mantenha-se a decisão e não se mexa no que está quieto. Não houve norma para estabelecê-la, ela se desenvolveu em razão da própria cultura jurídica de séculos (PRITSCH, 2020).

A razão para dizer que o microsistema de litigiosidade repetitiva, introduzido pelo CPC/2015, se aproxima do *common law* é que os precedentes de seus institutos podem ter natureza coercitiva, de observância obrigatória, vinculante.

Com efeito, registre-se que precedente judicial é *compreendido como uma decisão judicial proferida à luz de um caso concreto levado a juízo, observadas as suas circunstâncias fáticas e peculiaridades* (EÇA, 2020, p. 77).

Entretanto, no Brasil, diferentemente dos países do *common law*, consoante previsto no art. 927 do Código de Processo Civil, estão estipulados os institutos e decisões de observância obrigatória pelos juízes e tribunais, que formam o arcabouço dos “precedentes judiciais vinculantes”.

Como já dito alhures, essa vinculação do precedente a casos futuros garante que situações iguais recebam a mesma resposta, dando vazão à isonomia, bem como confere maior previsibilidade à atuação jurídica estatal, o que consubstancia a segurança jurídica.

E por serem vinculantes, tais precedentes, oriundos do microsistema de litigiosidade repetitiva, possuem aplicação obrigatória, não podendo o órgão jurisdicional a ele vinculado decidir de forma distinta, pois caso assim o faça, a decisão será nula, conforme preconiza o art. 489, § 1º, VI, do Código de Processo Civil.

Nesse particular, ressalte-se que somente a *ratio decidendi*, consistente na principal parte da decisão judicial – tendo em vista ser a fundamentação essencial do julgado –, vinculará as decisões em processos futuros equivalentes. O que está contido na decisão, mas que

não faz parte do núcleo essencial, é denominado *obiter dictum* (EÇA; CUNHA, 2020, p. 77).

Feitas essas considerações, importa conhecer a outra razão que levou o legislador a adotar o sistema de precedentes judiciais obrigatórios e o denominado microsistema de litigiosidade repetitiva no CPC/2015, uma vez que essas inovações não ocorreram em vão.

A *crise da justiça*, segundo José Roberto Freire Pimenta, tem assumido proporções dramáticas, principalmente na esfera trabalhista. Afirma o jurista que, ao longo dos últimos anos, houve uma verdadeira explosão de demandas, que não para de crescer a cada ano (PIMENTA, 2016, p. 4).

Uma das causas dessa sobrecarga do Poder Judiciário resulta das litigiosidades em massa, *que dão margem à propositura de ações repetitivas ou seriais, as quais possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa* (PIMENTA, 2016, p. 6).

Na seara trabalhista, uma das manifestações desse problema são os litigantes habituais, consistentes naqueles empregadores e tomadores de serviços que, deliberadamente, não cumprem com a legislação trabalhista em relação aos seus trabalhadores (PIMENTA, 2016, p. 7).

A litigiosidade em massa repercute na efetividade da tutela jurisdicional e, de certo modo, inviabiliza a concretização dos direitos fundamentais trabalhistas.

Freire Pimenta também atribui o enfraquecimento da efetividade das normas materiais do trabalho justamente à instabilidade da jurisprudência, ante, até então, o valor apenas persuasivo que ela possuía. Afirma, ainda, que o desrespeito a precedentes compromete o Estado de Direito, tendo em vista a diversidade de decisões para o mesmo caso, como se houvesse várias leis (PIMENTA, 2016, p. 13-14).

Por fim, importa ressaltar que o CPC/2015 expandiu, de forma mais efetiva, uma tendência que já vinha ocorrendo no Código de Processo Civil de 1973, como no caso dos arts. 285-A (sentença liminar de improcedência), 518-A (súmula impeditiva de recursos), 543 e 543-A (repercussão geral para admissibilidade de recurso extraordinário), 543-C (recursos repetitivos), 557 (poderes do relator), com o propósito

de alcançar a isonomia, a segurança jurídica, a efetividade e a celeridade (DUARTE, 2017, p. 6).

4 O IRDR no processo do trabalho

Tendo em vista a temática trabalhista deste artigo, importa consignar que o sistema de precedentes judiciais no processo do trabalho começou um pouco antes do CPC/2015, por meio da edição da Lei n. 13.015/2014 (BRANDÃO, 2017, p. 122).

Cláudio Brandão afirma que a aludida lei antecipou algumas das novidades contempladas no CPC/2015 e consolidou a imprescindibilidade de fixação de tese jurídica prevalecente nos tribunais sobre uma mesma questão jurídica (BRANDÃO, 2017, p. 122).

A Instrução Normativa n. 39 do Tribunal Superior do Trabalho teve por escopo tratar das normas do Código de Processo Civil de 2015 que seriam aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho.

Em um artigo à parte (possivelmente pela relevância do próprio instituto), o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi previsto no art. 8º da referida instrução e definiu os parâmetros de sua aplicação ao processo laboral. Esse incidente processual é aplicável nos casos em que há litigiosidade repetitiva acerca de idêntica questão de direito que se revele controversa, com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (CPC/2015, art. 976).

Ressalte-se que, embora a denominação dada a esse incidente se refira a "demandas repetitivas", o objetivo do IRDR é fixar tese jurídica aplicável a todos os casos.

Nesse sentido, Sofia Temer esclarece que o IRDR visa solucionar questões repetitivas e não necessariamente demandas repetitivas. O relevante para a aplicação do incidente é a existência de questões comuns, de direito material ou processual, ainda que elas representem uma pequena parcela do conflito a ser resolvido em juízo (TEMER, 2017, p. 60).

Defende a jurista que não foi atribuída a melhor técnica ao se utilizar o termo "demanda", uma vez que esta é identificada pelo pedido

e causa de pedir referentes a determinadas partes, o que não é um requisito para a aplicação da tese jurídica fixada no IRDR aos casos futuros (TEMER, 2017, p. 61).

Assim dispõe a autora (p. 63):

Em conclusão: as “demandas” repetitivas, para o nosso direito positivo, são processos que contêm *questões jurídicas homogêneas*. Não há a exigência de uma relação substancial padrão e tampouco de uniformidade em relação às causas de pedir e pedidos. O relevante, nesse contexto, é a presença de controvérsia sobre ponto de direito que se repita em vários processos. (Grifo nosso).

Júlio Cesar Bebber assevera que o IRDR se submete a três requisitos que devem coexistir. São eles:

1. *existência de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;*
2. *existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica;*
3. *inexistência de afetação de recurso por tribunal superior para definição de tese sobre a mesma questão (BEBBER, 2020, p. 422-423).*

Assim, nessa perspectiva, é necessário que haja uma multiplicidade de processos e, mais, que o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica seja, de fato, concreto, o que ocorre com a existência de decisões conflitantes (e não meramente diferentes) sobre a mesma questão de direito (BEBBER, 2020, p. 422-423).

Importa ressaltar, contudo, que não é qualquer repetitividade que enseja o IRDR, pois no caso de ações coletivas cujo objeto sejam direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, estas não estão aptas a autorizar a instauração do incidente, uma vez que não se trata de questão de direito comum, mas de demanda repetida, o que caracteriza a litispendência (DUARTE, 2017, p. 11).

O pedido de instauração do IRDR será dirigido ao presidente do tribunal e poderá ser feito pelo juiz ou relator, pelas partes, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública. A instauração do IRDR na primeira instância é controvertida na doutrina. Há os que defendem que a demanda a ensejar a instauração do incidente deve estar tramitando

em Tribunal Regional do Trabalho. Nesse sentido, o juiz de Vara do Trabalho não possuiria legitimidade.

Referida questão, no entanto, resta esclarecida ao se colocar a par do trâmite legislativo. A Câmara dos Deputados alterou o projeto de lei aprovado no Senado Federal para inserir dispositivo que estabelecia como condição para instauração do IRDR a demanda estar pendente em tribunal (BEBBER, 2020, p. 426). Contudo, o Senado Federal, na versão final do CPC/2015, retirou referida exigência. Com isso, tem-se que é permitida a instauração de IRDR também a partir de demandas que tramitem perante a Vara do Trabalho.

Consoante preconiza o art. 982, I, do CPC/2015, uma vez instaurado o IRDR, o relator deverá suspender o julgamento dos processos pendentes, individuais ou coletivos que tramitam com o mesmo tema objeto de incidente de resolução de demandas repetitivas.

No caso de não concordarem com a suspensão, as partes podem requerer o prosseguimento do seu processo ao demonstrar a distinção entre a questão a ser decidida em sua ação e aquela a ser julgada no IRDR (*distinguishing*), por aplicação analógica do § 9º do art. 1.037 do Código de Processo Civil.

Um ponto muito relevante a ser considerado na preparação do julgamento do IRDR é a possibilidade ampla do contraditório quanto ao objeto do incidente, seja requisitando informações, ouvindo os interessados, designando audiência pública, a fim de se obterem todas as variáveis possíveis sobre o tema (MENDES, 2017, p. 31 e 33).

Considerando o aspecto vinculativo do IRDR, não só é aconselhável, como necessário que o tribunal enfrente, de forma ampla e abrangente, todos os fundamentos expostos nos diversos processos existentes.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes ressalta que, caso não haja a extensão devida do contraditório, o efeito vinculativo poderá ser afastado. Assim expõe (2017, p. 206):

Como mencionado ao longo deste texto, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, como também os recursos repetitivos, deve ser, em termos de extensão e profundidade, de fato, representativo de controvérsia. Isso significa que os fundamentos relacionados às

teses apresentadas devem ter sido debatidos e apreciados, em homenagem ao contraditório. Do contrário, ainda que o tema possa provocar certa discussão, o efeito vinculativo poderá ser afastado, diante da distinção entre os fundamentos, enfraquecendo e reduzindo assim o alcance da tese firmada e o do resultado pretendido. Por isso, de grande importância o comando contido no § 2º do art. 984 do Código de Processo Civil, no sentido de que o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

Uma vez julgado o incidente e fixada a tese jurídica, esta deverá ser aplicada a todos os processos individuais e coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal (art. 985, I, CPC/2015).

Assim, tem-se o precedente. Sofia Temer esclarece que não há um consenso quanto à definição da decisão do IRDR; contudo, afirma que *uma decisão poderá ser considerada precedente se dela puder ser extraído um padrão decisório para julgamento de outros casos. Essa função exercida em relação aos casos julgados posteriormente é o que classifica a decisão como precedente* (TEMER, 2017, p. 214).

Conclui-se, portanto, que, diante da decisão do IRDR, há um precedente vinculativo. Todavia, importa ressaltar que somente as decisões que tenham observado os procedimentos adequados ao instituto, tais como participação no debate e fundamentação exaustiva, terão referido *status*.

No caso de não observado o efeito vinculativo da tese adotada no incidente, caberá reclamação (art. 985, § 1º, CPC), sendo a competência para apreciá-la do órgão que fixou a tese jurídica.

Há de se atentar, também, para a possibilidade de revisão da tese jurídica, consoante previsto no art. 986 do CPC, que poderá ser provocada pelas partes, pelo Ministério Público do Trabalho ou Defensoria Pública, além de o próprio tribunal poder fazê-lo de ofício. Esse procedimento é conhecido como *overruling*.

O art. 927, § 4º, do CPC/2015 dispõe que a modificação de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em casos repetitivos exige *“fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”*.

Cesar Zucatti Pritsch defende a utilização do § 17 do art. 896-C da CLT, introduzido pela Lei n. 13.015/2014, em complemento ao artigo supramencionado, que autoriza a revisão de tese firmada em julgamento de recursos repetitivos “quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica” (PRITSCH, 2020, p. 477).

5 Conclusão

Diante do exposto, vê-se que a Justiça do Trabalho dispõe de importante ferramenta para análise das demandas de massa, o que, por consequência, trará mais eficiência e celeridade ao ramo trabalhista, além de cumprir com os princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica e da duração razoável do processo.

A busca pela concretização de tais valores e preceitos constitucionais tem uma conotação mais relevante por se tratar de um universo que envolve demandas de trabalhadores, ante a importância dos pleitos por eles reivindicados.

Logo, ao aplicar o sistema de precedentes vinculantes do CPC/2015 na Justiça laboral, concretizam-se, ainda mais, os direitos fundamentais trabalhistas.

Referências

BEBBER, Júlio César. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência no processo do trabalho. In: PRITSCH, Cesar Zucatti et al. (coord.). **Precedentes no processo do trabalho: teoria geral e aspectos controvertidos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRANDÃO, Antonio Augusto Pires. **O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): do contexto à otimização**. Curitiba: CRV, 2019.

BRANDÃO, Cláudio. O incidente de resolução de demandas repetitivas no processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 63, n. 95, p. 121-139, jan./jun. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DUARTE, Bento Herculano. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): natureza, finalidade, pressupostos, pontos controvertidos e aplicação na justiça do trabalho. **Revista TST**, Brasília, v. 83, n. 1, jan./mar. 2017.

EÇA, Vitor Salino de Moura; CUNHA, Natália Xavier. Sistema de precedentes vinculantes: conceitos e características. In: PRITSCH, Cesar Zucatti et al. (coord.). **Precedentes no processo do trabalho**: teoria geral e aspectos controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Felipe Prata; RODRIGUES, Suzanne Teixeira Odane. A consolidação do sistema de precedentes no processo do trabalho: obstáculos e desafios. In: PRITSCH, Cesar Zucatti et al. (coord.). **Precedentes no processo do trabalho**: teoria geral e aspectos controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PIMENTA, José Roberto Freire. O sistema dos precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho. **Revista TST**, Brasília, v. 82, n. 2, abr./jun. 2016.

PRITSCH, Cesar Zucatti. Antecedentes históricos: precedentes no *common law* – evoluções separadas a partir dos mesmos ingredientes. In: PRITSCH, Cesar Zucatti et al. (coord.). **Precedentes no processo do trabalho**: teoria geral e aspectos controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

“E se ela não vier”: um panorama do trabalho doméstico durante a pandemia no Brasil

Jamili Pereira

Estagiária do Ministério Público Federal em Sergipe.
Estudante de Jornalismo da Universidade Tiradentes.

Resumo: Este artigo promove a discussão sobre a situação das trabalhadoras domésticas durante a pandemia de covid-19 no Brasil. Traz um panorama geral sobre o trabalho doméstico no País por meio da legislação trabalhista, de dados de pesquisas e de estudos da ONU Mulheres e Ipea.

Palavras-chave: pandemia de covid-19; trabalho doméstico; legislação trabalhista.

Sumário: 1 Breve histórico da regulamentação do trabalho doméstico no Brasil. 2 Raízes escravocratas do trabalho doméstico feminino. 3 Covid-19 e o trabalho doméstico no Brasil. 4 Considerações finais.

1 Breve histórico da regulamentação do trabalho doméstico no Brasil

O trabalho doméstico no Brasil não possuía nenhuma regulamentação até o governo de Emílio Médici, em 1972. Ele sancionou a primeira lei do trabalho doméstico brasileira, a Lei n. 5.859, que previa carteira de trabalho e previdência social para a admissão do trabalhador doméstico. Além disso, proibia o desconto do salário do trabalhador doméstico por motivos de fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia.

Tradicionalmente, o trabalho doméstico foi alvo de condições de trabalho inadequadas, incluindo jornadas prolongadas, baixos salários, trabalho forçado e proteção social escassa ou nula; em outros termos, exposto a condições que estão distantes do conceito de trabalho digno que promove a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Essa situação é, em grande parte, reflexo da escassa valorização social

e econômica que as sociedades costumam conferir a essa atividade, o que, em muitas situações, repercute na ausência de uma legislação adequada ou na falta do cumprimento efetivo dela (SALVADOR; COSSANI, 2020).

Na sociedade brasileira, é possível identificar essa desvalorização econômica e social da atividade doméstica por meio da legislação trabalhista tardia do serviço. Apesar do pequeno avanço na legislação do trabalho doméstico, com a criação da primeira lei no Brasil, a Constituição Federal de 1988 e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943, excluíram os trabalhadores domésticos dos contextos de suas aplicações. Eles passaram muito tempo sem usufruírem dos direitos fundamentais destinados aos outros trabalhadores.

Antes da Constituição de 1988, as leis sobre trabalho mantinham as trabalhadoras domésticas excluídas dos direitos das demais categorias e o faziam de forma explícita, evidenciando os valores sociais atribuídos ao trabalho doméstico. (OIT, 2010, p. 19).

Em 2008, no âmbito do Poder Executivo, havia uma proposta de emenda à Constituição em elaboração pelo grupo multidisciplinar da Casa Civil e dos Ministérios do Trabalho e Emprego, da Previdência Social, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão. Na época, o trabalho foi paralisado pelos técnicos, que argumentaram o aumento de encargos financeiros para os empregadores domésticos. Logo, a isonomia entre os trabalhadores domésticos, urbanos e rurais não foi efetivada.

Os trabalhadores domésticos, então, continuaram sem acesso a Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), seguro-desemprego, pagamento de horas extras e benefício previdenciário por acidentes de trabalho. Contudo, em 2012, os deputados federais e senadores promulgaram a Proposta à Emenda Constitucional n. 66, ou PEC das Domésticas, que se transformou em Emenda Constitucional n. 72, sancionada, em 2 de abril de 2013, pela então presidenta Dilma Rousseff.

O feito alterou a redação do art. 7º da Constituição Federal de 1988, estabelecendo igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os trabalhadores urbanos e rurais. Vale ressaltar que a PEC das Domésticas é um marco importante para a categoria que

ainda luta por melhores condições de trabalho e tratamento. Todavia, a Lei Complementar n. 150, sancionada em 1º de junho de 2015, regulou de forma mais abrangente o trabalho doméstico no Brasil.

Para mais, ela dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico e o regime unificado de pagamento de tributos, contribuições e dos demais encargos do empregador doméstico (Simples Doméstico). Além da legislação previdenciária e tributária e do programa de recuperação previdenciária dos empregadores domésticos (Redom), aborda possíveis fiscalizações realizadas pela Auditoria Fiscal do Trabalho.

No que concerne à justiça da LC n. 150, parece-nos que ela foi concebida com dois propósitos principais extraídos da justificativa do PLS (Projeto de Lei do Senado) n. 224/2013: regulamentar o novel parágrafo único do art. 7º da CF, com redação dada pela EC 72/2013, e corrigir uma injustiça histórica perpetrada pelo Estado e pela sociedade brasileira contra a categoria dos trabalhadores domésticos. É exatamente por isso que a EC 72 dispõe que seu escopo é promover a igualdade entre empregados (urbanos e rurais) e trabalhadores domésticos. (LEITE; LEITE; LEITE, 2015, p. 26).

Diante disso, a reforma trabalhista, Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, alterou mais de 100 artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e mais de 200 dispositivos das Leis n. 5.452, n. 6.019, n. 8.036 e n. 8.212. O legislador reformador argumentou que, para gerar empregos formais, era necessário flexibilizar a legislação trabalhista diante das novas relações de trabalho vigentes no País.

Para Filgueiras (2019), as mudanças pretendidas pela reforma trabalhista visavam em quase toda a lei: cortar custos dos empresários na relação com os trabalhadores domésticos, desde a contratação até a dispensa, além das consequências jurídicas do descumprimento da legislação.

Entre os impactos que a reforma trabalhista trouxe para o mercado de trabalho, os trabalhadores e empregadores, destaca-se a restrição do acesso à justiça. Na prática, por exemplo, os trabalhadores domésticos devem pagar os advogados dos patrões, caso percam o processo na Justiça do Trabalho. Esses custos desencorajam os trabalhadores que desejam processar os empregadores por irregularidades no ambiente de trabalho. De acordo com Filgueiras (2019, p. 44), a reforma trabalhista:

Além de incentivar o uso de modalidades precárias de contratação pela introdução de dispositivos que podem dar proteção legal ao contratante (como a aparência de formalidade), a Reforma também estimula a ilegalidade, seja com o assalariamento disfarçado, seja com o emprego explicitamente informal, dentre outras razões, por restringir o acesso dos trabalhadores à Justiça. Não parece coincidência a forte queda do número de ações trabalhistas que pedem o reconhecimento do vínculo empregatício desde a vigência da reforma, a despeito da ampliação do emprego sem carteira assinada.

Ademais, o Brasil ratificou, em 2018, a Convenção sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos, 2011 (n. 189), que está em vigor internacionalmente. A Convenção n. 189 versa acerca da inspeção do trabalho no âmbito dos domicílios, do tempo da jornada de trabalho e da igualdade de tratamento dos trabalhadores e trabalhadoras domésticas em relação aos demais trabalhadores. Aborda também o direito a um ambiente de trabalho seguro e saudável, a necessidade da adoção de medidas de saúde e segurança no trabalho, além das agências de emprego doméstico privadas.

2 Raízes escravocratas do trabalho doméstico feminino

Conforme Santos (2019), o fim da escravidão brasileira impôs novos mecanismos para diferenciar e formular tanto padrões quanto parâmetros de raça, gênero e classe social. “Essas distinções são elementos determinantes na constituição do mundo do trabalho: meio decisivo para as condições de sobrevivência numa sociedade capitalista” (SANTOS, 2019, p. 9).

Portanto, a libertação de escravos, no século XIX, não mudou o fato de que os negros continuam servindo os brancos no Brasil. Ainda existem vários resquícios do passado escravocrata brasileiro. Um exemplo disso é a existência do trabalho escravo doméstico no País.

O Serviço de Informações ao Cidadão do Ministério da Economia informou à autora deste artigo que, de fevereiro de 2020 até abril de 2021, foram realizadas em todo o País dez operações fiscais de combate ao trabalho escravo doméstico. Encontrou-se em condições análogas às de escravo o total de oito trabalhadores. Desse quantitativo, não houve flagrante de trabalho infantil.

[...] o equivalente feminino do trabalho braçal no campo, em termos de feição escravagista e permanência histórica de exploração e sonegação de direitos, pode ser encontrado no trabalho doméstico. Para tal constatação, basta atentar para o fato de que os trabalhadores domésticos não foram apenas, como os rurais, excluídos originariamente da proteção da CLT, como também do próprio rol mínimo de direitos previstos no artigo 7º da Constituição de 1988, quando de sua promulgação. (GOMES, 2021).

O trabalho doméstico remunerado e o não remunerado são importantes para o funcionamento da sociedade. Essa atividade é historicamente realizada por mulheres pretas, pobres e com pouca escolaridade.

Em síntese, o trabalho doméstico conserva marcas do histórico escravocrata e patriarcal brasileiro. Sequer considerado trabalho pelas estatísticas, quando não remunerado, é reservado como profissão às mulheres de classes economicamente desfavorecidas, preponderantemente negras, caracterizando-se pela majoritária informalidade, baixas remunerações e desempenho oculto no interior das residências. (GOMES, 2021).

O estudo *Trabalho Doméstico no Brasil*, do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese), baseado na *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua)*, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), evidenciou que as mulheres representam mais de 92% das pessoas ocupadas no trabalho doméstico do País. Desse número, mais de 65% são mulheres negras (DIEESE, 2021).

Ademais, as trabalhadoras domésticas têm entre 30 e 59 anos; a média de idade é de 44 anos; e 52,4% das domésticas são chefes de família no País, ou seja, são responsáveis sozinhas pelo sustento da família. Regionalmente, o Nordeste tem a maior taxa das empregadas domésticas brasileiras chefes de família, com 54%.

O trabalho doméstico é feito somente por 8% dos homens brasileiros. Eles executam as tarefas domésticas ocasionais e flexíveis, ou seja, realizam reparos nas casas, cuidam do jardim, dirigem carros e pagam contas.

Esses números evidenciam como o trabalho doméstico é uma ocupação tipicamente feminina no Brasil. Os resultados dessa pesquisa referente

à maciça participação das mulheres no trabalho doméstico remunerado não representam uma mera coincidência. Na verdade, esse espaço é destinado, exclusivamente, às mulheres e imposto pela cultura.

Comportamentos e atitudes considerados masculinos são comumente mais valorizados do que aqueles considerados femininos. São os estereótipos de gênero que sustentam a divisão sexual do trabalho, que, por mais que tenha se alterado ao longo dos anos, ainda mantém válida a ideia de que o trabalho não remunerado de cuidado, realizado nos lares, é uma responsabilidade das mulheres, além de conferir a ele um valor menor do que aquele conferido ao trabalho produtivo, realizado no mercado de trabalho. (PINHEIRO; TOKARSKI; VASCONCELOS, 2020).

As mulheres aprendem a cuidar dos filhos e da casa desde criança, com bonecas, jogos de panelinha e outros, os estereótipos de gênero que estão cristalizados na sociedade brasileira. Eles impõem um conjunto de ideias pré-concebidas referentes às qualidades e aos comportamentos naturais para as mulheres e os homens.

3 Covid-19 e o trabalho doméstico no Brasil

O primeiro caso de covid-19 foi registrado na cidade chinesa de Wuhan. O coronavírus foi se propagando por vários países do mundo, inclusive no Brasil. Em território brasileiro, no dia 26 de fevereiro de 2020, o ministro da Saúde da época, Luiz Henrique Mandetta, anunciou o registro do primeiro caso de covid-19 em São Paulo. O paciente do sexo masculino, de 61 anos, tinha viajado para a Itália e estava internado no Hospital Albert Einstein.

No início da pandemia, era comum escutar a frase “fique em casa” como forma de proteção contra o novo coronavírus. No entanto, nem todo mundo pôde escolher ficar em casa ou sair para trabalhar; foi o que aconteceu com as trabalhadoras domésticas.

O isolamento social e a quarentena remunerada não foram possíveis para as domésticas. Portanto, no início da pandemia, elas viveram o dilema de trabalhar correndo o risco de contaminação com a covid-19 ou ficar em casa desempregada. É importante lembrar que a primeira pessoa a morrer de covid-19, no Rio de Janeiro, foi uma trabalhadora doméstica de 63 anos.

Ela era moradora do Município de Miguel Pereira, deslocava-se todos os dias para o bairro com um dos metros quadrados mais caro do Brasil: o Leblon. A empregada doméstica foi contaminada pela patroa, que tinha acabado de chegar da Itália. Ela morreu em 17 de março de 2020, um dia após apresentar os primeiros sintomas da doença.

De acordo com a ONU Mulheres (SALVADOR; COSSANI, 2020), o trabalho doméstico é precário, desvalorizado social e economicamente. Além disso, possui raízes escravocratas, denota discriminações de gênero, raça e classe social. Ademais, existem vulnerabilidades para as pessoas que realizam esse tipo de serviço, tais como: jornadas exaustivas e mal remuneradas; longas trajetórias percorridas em transportes públicos lotados; assédios; e abusos morais e sexuais no local de trabalho.

Além disso, a falta de proteção social gerada pela crescente informalidade no trabalho doméstico ocasiona trabalhadores domésticos sem férias, décimo terceiro salário, seguro-desemprego, licença-maternidade e auxílio-doença. Dados da *Síntese de Indicadores Sociais*, divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revelaram que o serviço doméstico concentrou 72,5% de pessoas em ocupações informais, em 2019 (CAMPOS, 2020).

Assim, em um cenário de trabalho que já apresenta vulnerabilidades desde seu surgimento, o contexto da pandemia de covid-19 ampliou-as ainda mais e colocou em risco de vida tanto as domésticas quanto suas famílias.

A empresa social Gênero e Número (BRUNO, 2021) teve acesso a denúncias de abusos e violações cometidas contra trabalhadoras domésticas durante os cinco primeiros meses da pandemia de covid-19. De acordo com as 27 denúncias recebidas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), seis estavam relacionadas com a pandemia da doença. Nesse período, houve empregada doméstica obrigada a trabalhar com empregadores sintomáticos para covid-19, trabalhadora doméstica laborando sem folga nos domingos e feriados, além de trabalhadora doméstica e empregadora compartilhando máscaras respiratórias.

Conforme a pesquisa do Dieese sobre o trabalho doméstico, o número de trabalhadores empregados no trabalho doméstico caiu de 6,4

milhões, no quarto trimestre de 2019, para 4,9 milhões, no mesmo período de 2020. Uma diminuição de 23,4% no número de empregados do setor. Diante disso, 4,5 milhões de mulheres estão ocupadas no trabalho doméstico, sendo, desse quantitativo, 3 milhões de mulheres negras e 1,5 milhão de trabalhadoras domésticas de outra cor ou raça (DIEESE, 2021).

Essa diminuição drástica no número de empregos domésticos no País pode ser uma consequência da pandemia de covid-19, considerando que a pesquisa avaliou o período da crise sanitária.

Ademais, a pesquisa do Dieese evidenciou como a taxa de informalidade no trabalho doméstico ainda é elevada. No quarto semestre de 2019, 73% dos trabalhadores domésticos trabalhavam sem carteira assinada; já no mesmo período de 2020, a proporção passou a ser 75%. Sobre as contribuições para a Previdência Social, 37,5% dos trabalhadores domésticos contribuíram no quarto trimestre de 2019. O número caiu para 35,6% no mesmo período de 2020 (DIEESE, 2021).

A categoria doméstica foi afetada pela pandemia de covid-19 na diminuição de postos de trabalho, como apontou a pesquisa do Dieese. O isolamento social para prevenir o contágio da doença atingiu os empregos tanto das trabalhadoras domésticas diaristas quanto das mensalistas com carteira assinada. Elas tiveram os contratos de trabalho cancelados, o tempo de trabalho reduzido e, conseqüentemente, a diminuição salarial.

O home office, ou o trabalho em casa, foi adotado por várias categorias profissionais para a continuidade da execução das atividades laborais nos primeiros meses de pandemia. Entretanto, essa modalidade de trabalho não é possível para as empregadas domésticas, pois o trabalho doméstico exige o deslocamento da doméstica até a residência do empregador. É impossível executar a limpeza e o cuidado da casa, das crianças e dos idosos por meio do computador ou celular.

A impossibilidade do home office como medida de prevenção da covid-19 expõe mais as domésticas ao novo coronavírus. Diante disso, algumas trabalhadoras denunciaram aos sindicatos casos em que os empregadores exigiram a permanência nas residências de trabalho, sem o retorno para os ambientes familiares. Alguns dos argumentos dos empregadores domésticos para o confinamento são:

[...] “Ah, mas ela já morava aqui de segunda a sexta, agora fica direto”; e ainda: “Foi ela quem pediu para ficar com a gente, porque aqui é melhor do que onde mora”. Sob o manto moral da “ajuda” ou da preocupação com a contaminação das trabalhadoras, tentam justificar a prática de restrição da mobilidade ou do confinamento das trabalhadoras. Estas, muitas vezes com medo de perder o emprego, submetem-se a situações de aumento da jornada de trabalho e distanciamento de sua família e de seu domicílio. (PINHEIRO; TOKARSKI; VASCONCELOS, 2020).

Todavia, a atitude de privar a liberdade da trabalhadora traz várias implicações. Entre elas: a falta de descanso adequado para as domésticas, os riscos associados ao uso excessivo de produtos de limpeza, além do perigo de contaminação na realização de compras em mercadinhos, farmácias e shoppings sem os Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) adequados.

De acordo com a ONU Mulheres (SALVADOR; COSSANI, 2020), diante da crise sanitária gerada pela pandemia de covid-19, as trabalhadoras domésticas desempenham um papel fundamental no cuidado das pessoas e na manutenção das residências. No entanto, é importante lembrar que quem cuida também precisa de cuidados, tendo em vista que o setor doméstico foi um dos grupos mais afetados pelo novo coronavírus.

Isso se deve, entre outros motivos, pela situação de precarização laboral que apresenta o setor, caracterizada pelos baixos salários e pela falta de apoios sociais que garantam a sobrevivência e o sustento de suas famílias diante de situações como demissões ou redução salarial. (SALVADOR; COSSANI, 2020).

Pinheiro, Tokarski e Vasconcelos (2020) concordam que o trabalho doméstico é importante para a organização social e econômica. Entretanto, as autoras destacam que o setor doméstico apresenta características como invisibilidade, desvalorização, baixa regulamentação trabalhista e previdenciária. Isso “[...] expõe as trabalhadoras a situações precárias de trabalho e a uma grande vulnerabilidade, que se intensifica em momentos de crise, como este da pandemia do coronavírus” (PINHEIRO; TOKARSKI; VASCONCELOS, 2020).

As vulnerabilidades do trabalho doméstico intensificadas durante a pandemia de covid 19 são: baixos salários, assédios no ambiente de

trabalho, racismo e longas jornadas de trabalho e deslocamento. Logo, a pandemia aumentou as violações das leis trabalhistas, as jornadas exaustivas, a informalidade, a exploração, a discriminação e a desvalorização salarial e profissional no trabalho doméstico.

Para mais, a pandemia de covid-19 tirou crianças e jovens das escolas, e isso elevou o índice de realização de tarefas domésticas não remuneradas por meninas pobres das periferias brasileiras. A ONG Plan International Brasil (BETIM, 2021) entrevistou 98 garotas de alguns dos projetos que desenvolve. Os números evidenciam que 98% das participantes da pesquisa realizaram trabalhos domésticos em casa durante a pandemia de covid-19. Antes da pandemia, o número era 57%.

Tendo em vista o agravamento das vulnerabilidades das trabalhadoras domésticas durante a pandemia, o Ministério Público do Trabalho criou, em junho de 2020, o Grupo de Trabalho (GT) intitulado "Trabalho Doméstico". O objetivo foi fortalecer a categoria e transmitir conhecimentos tanto dos direitos trabalhistas quanto dos previdenciários a esses trabalhadores.

Este GT foi instituído no contexto da pandemia do coronavírus, período no qual a situação de vulnerabilidade das trabalhadoras domésticas ficou evidente, seja em razão das diversas dispensas de trabalhadoras sem o pagamento adequado dos seus direitos, seja em relação às suspensões nas atividades sem o correspondente pagamento devido no período ou, ainda, por causa da dificuldade na adoção de medidas de saúde e segurança do trabalho para evitar o contágio pelo coronavírus. (MPT, 2021).

Ademais, no Dia Nacional da Empregada Doméstica, 27 de abril, a instituição lançou a *Cartilha Direitos da Trabalhadora Doméstica*, para cumprir o objetivo de expandir os conhecimentos de trabalhadoras e trabalhadores domésticos.

Com o aumento do desemprego no setor doméstico, a pandemia de covid-19 impôs um dilema para as trabalhadoras domésticas: trabalhar e correr o risco de contrair a doença ou ficar desempregada. Nesse impasse não há alternativa favorável para essas trabalhadoras; na verdade, muitas nem tiveram a oportunidade de escolher entre o trabalho ou o desemprego, já que o trabalho doméstico no Brasil é

altamente informal e as trabalhadoras domésticas estão desprotegidas socialmente sem a carteira assinada.

Portanto, o contexto pandêmico acentuou o quanto a falta do vínculo de trabalho deixa as trabalhadoras desamparadas, sem direitos trabalhistas, seguridade social, saúde e segurança no trabalho. A informalidade do trabalho doméstico beneficia os empregadores e prejudica a classe doméstica.

O caso das trabalhadoras domésticas é um exemplo bastante evidente das dificuldades do distanciamento social, seja no caso das mensalistas, seja no caso das diaristas. E isso se dá por diferentes razões, entre as quais – e de forma muito importante – o alto grau de desproteção social e informalidade nas relações de trabalho, que marcam a categoria historicamente. O nível de informalidade do trabalho doméstico é de tal forma elevado que significa que, de cada dez mulheres ocupadas nesta profissão, sete não possuem carteira de trabalho assinada, ou seja, não têm acesso a benefícios como seguro-desemprego – caso sejam demitidas – ou auxílio-doença – caso fiquem doentes. Essa realidade se impõe sobre o conjunto das trabalhadoras, diaristas ou mensalistas, mas o cenário para as primeiras é de ainda mais fragilidade. (PINHEIRO; TOKARSKI; VASCONCELOS, 2020).

O auxílio emergencial, para reposição de renda do trabalho durante a pandemia de covid-19, beneficiou parte das domésticas diaristas e mensalistas informais. Ele foi elaborado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo governo federal, via Lei n. 13.982, em abril de 2020.

Pessoas desempregadas, trabalhadores informais (inscritos ou não no Cadastro Único), microempreendedor individual (MEI) e contribuintes individuais ou facultativos do Regime Geral de Previdência Social foram atendidos com R\$ 600 por três meses. Além disso, para ter direito à renda básica emergencial, as pessoas deveriam atender alguns critérios, como: ser maior de idade e não receber benefícios assistenciais ou previdenciários, exceto o Programa Bolsa Família.

Diante do contexto de avanço da pandemia de covid-19, o governo federal prorrogou, no final de junho de 2020, o auxílio emergencial de R\$ 600 por mais dois meses. Ainda em 2020, o auxílio emergencial foi estendido por mais três meses, só que com o valor reduzido, de forma decrescente, de R\$ 500, R\$ 400 e R\$ 300.

Depois de meses sem a renda básica e com a segunda onda do coronavírus no Brasil, o governo federal começou a pagar uma nova rodada do auxílio emergencial aos mesmos beneficiários de 2020.

No entanto, os valores do pagamento foram reduzidos mais uma vez e foi permitido que apenas uma pessoa por família recebesse o benefício. As quatro novas parcelas do auxílio emergencial de 2021 foram nos valores de R\$ 250 por família e de R\$ 150 para quem mora sozinho, além de R\$ 375, se o beneficiário for mãe chefe de família ou responsável pelo sustento de um filho menor de idade.

Para tentar assegurar os direitos das trabalhadoras domésticas durante a pandemia, o MPT emitiu a Nota Técnica Conjunta n. 4/2020, no início da pandemia. O documento recomenda medidas de contenção da pandemia para trabalhadoras e trabalhadores domésticos, cuidadores ou vinculados a empresas e plataformas digitais de serviços de limpeza ou de cuidado. O objetivo do documento foi garantir a igualdade de oportunidades e de tratamento no trabalho (MPT, 2020).

A Nota Técnica conjunta n. 4/2020 defendeu ausências ao trabalho ou adaptações na prestação de serviços para os trabalhadores domésticos. Ademais, o empregador não poderia demitir por justa causa ou aplicar sanção disciplinar nesses trabalhadores. Podendo ser considerados atos discriminatórios, como prevê a Consolidação das Leis Trabalhistas, se a demissão ou a sanção ocorrerem.

Para mais, o MPT recomendou a quarentena remunerada aos trabalhadores domésticos durante o vigor das medidas de contenção do coronavírus. Além disso, solicitou a dispensa dos trabalhadores domésticos com remuneração no período de isolamento ou de quarentena dos seus empregadores positivos ou com suspeitas de contaminação com o coronavírus. A instituição solicitou também o estabelecimento de políticas de redução de jornada sem diminuição dos salários dos trabalhadores ou demissão dos funcionários domésticos e o fornecimento de equipamento de proteção individual, como luvas, máscaras, óculos de proteção e álcool 70%.

Ademais, o MPT orientou que, quando não fosse possível a dispensa do comparecimento, os empregadores deveriam garantir o deslocamento dos trabalhadores domésticos em horários de menor movimentação de pessoas no transporte público coletivo.

Vale lembrar que alguns filhos das trabalhadoras domésticas lançaram uma campanha para criar o coletivo “Pela Vida de Nossas Mães”. Eles elaboraram um abaixo-assinado, por meio de uma plataforma digital, e receberam vários depoimentos de filhos das domésticas insatisfeitos com a situação de trabalho das mães durante a pandemia no País. O objetivo foi reivindicar uma quarentena remunerada para proteção dos trabalhadores domésticos e seus familiares.

O coletivo “Pela Vida de Nossas Mães” possui contas no Instagram, Twitter e Facebook. Nessas redes sociais, em 19 de março de 2020, foi publicada a *Carta Manifesto das Filhas e dos Filhos de Empregadas(os) Domésticos e Diaristas*. O texto é endereçado ao Poder Público, aos empregadores e empregadoras de domésticas e diaristas, além de toda a sociedade civil. No documento, os filhos e as filhas das domésticas argumentam que o isolamento social é crucial para evitar a propagação do coronavírus de forma comunitária entre empregados domésticos e empregadores.

Ademais, eles entendem que a situação das trabalhadoras domésticas, dos trabalhadores domésticos e das diaristas durante a pandemia de covid-19 é de precariedade. Afirmam também que existem vulnerabilidades, principalmente, devido ao alto nível de informalidade do emprego doméstico.

Há anos nossas mães, avós, tias, primas dedicam suas vidas a outras famílias, somos todas(os) afetadas(os) por essa “relação trabalhista” de retrocesso e modos escravistas. Tivemos nossas vidas marcadas por esse contexto, que precisa ser repensado por toda sociedade, sobretudo, pelos empregadores. Nesse contexto, nós, filhas e filhos de empregadas domésticas e diaristas, vivenciamos os incômodos relatados por nossas parentes: [...] “Minha mãe trabalha desde os 6 anos de idade como doméstica e diarista, e a vi muitas vezes ir trabalhar doente para manter seus compromissos. Mesmo falando sobre os riscos do Corona, ela não tem como faltar com risco de ser demitida. As domésticas estão correndo grandes riscos e também são uma grande possibilidade de contágio, principalmente nos transportes nas metrópoles”. Marcelo Rocha – Mauá/SP [...]. (CARTA..., 2020).

A Federação Internacional de Trabalhadores Domésticos (FITH) também solicitou a defesa e proteção dos direitos trabalhistas dos trabalhadores e trabalhadoras domésticos no contexto da pandemia.

A FITH pediu o direito a um ambiente de trabalho livre de perigos, direito a remuneração em situações de doença e acesso a plano médico. Além disso, a proteção dos direitos trabalhistas e o direito à informação para trabalhadores e trabalhadoras domésticos. Isso mostra a importância de cuidar e zelar de quem cuida do bem-estar de famílias, idosos e crianças.

4 Considerações finais

Dentro dos limites deste estudo sobre o trabalho doméstico durante a pandemia, principalmente, porque a pandemia ainda está em vigor no mundo, contribuimos com um panorama da problemática que muitas vezes é invisibilizada. Além disso, os problemas, os desafios e as dificuldades do trabalho doméstico tendem a permanecer nos lares e ambientes de trabalho.

No entanto, a pesquisa buscou ultrapassar as paredes dos ambientes de trabalho das domésticas durante a pandemia e mostrar a real situação dessas trabalhadoras. Conclui-se que o trabalho doméstico no Brasil ainda precisa oferecer ambientes de trabalho decentes e condições dignas às domésticas. Este estudo faz parte do processo educativo pelo qual a sociedade brasileira precisa passar, para quebrar os estigmas e preconceitos da atividade doméstica. Dessa forma, as domésticas receberão a valorização social e salarial que merecem. Além disso, não passarão mais por cárceres privados ou tratamentos escravistas.

Referências

BETIM, Felipe. "Não estudo nada há um ano. Fico em casa limpando e cozinhando". **El País**, São Paulo, 13 abr. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ciencia/2021-04-13/nao-estudo-nada-ha-um-ano-fico-em-casa-limpando-e-cozinhando.html>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL RATIFICA Convenção 189 da OIT sobre trabalho doméstico. **OIT Brasília**, Brasília, 1º fev. 2018. Notícias. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_616754/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Proposta de Emenda à Constituição n. 66, de 2012**. Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição

Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e demais trabalhadores urbanos e rurais. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4083999&ts=1594004424265&disposition=inline>. Acesso em 19 maio 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 72, de 2 de abril de 2013**. Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015**. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis n. 8.212, de 24 de julho de 1991, n. 8.213, de 24 de julho de 1991, e n. 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei n. 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/572905/publicacao/15614487>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972**. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15859.htm. Acesso em 28 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, n. 8.036, de 11 de maio de 1990, e n. 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRUNO, Maria Martha. Pandemia doméstica. **Uol Economia**, São Paulo, 11 fev. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/vulnerabilidade-domesticas-pandemia/#page2>. Acesso em: 7 maio 2021.

CAMPOS, Ana Cristina. IBGE: informalidade atinge 41,6% dos trabalhadores no país em 2019. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 12 nov. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-11/ibge-informalidade-atinge-416-dos-trabalhadores-no-pais-em-2019>. Acesso em: 3 maio 2021.

CARTA manifesto pela vida de nossas mães. [S. l.], 19 mar. 2020. Facebook: cartamanifesto. Disponível em: <https://www.facebook.com/cartamanifesto/>. Acesso em: 13 maio 2021.

DIEESE – DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Trabalho doméstico no Brasil**. São Paulo: Dieese, abr. 2021. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/outraspublicacoes/2021/trabalhoDomestico.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. As promessas da reforma trabalhista: combate ao desemprego e redução da informalidade. In: KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras de; FILGUEIRAS, Vitor Araújo (org.). **Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019. p. 13-52.

GOMES, Isabella Filgueiras. Trabalho escravo doméstico no Brasil: notas sobre uma exploração invisível. **JOTA**, São Paulo, 14 abr. 2021. Seção Opinião e Análise. Disponível em: <https://www.jota.info/opinioe-analise/artigos/trabalho-escravo-domestico-no-brasil-notas-sobre-uma-exploracao-invisivel-14042021>. Acesso em: 20 maio 2021.

LEITE, Carlos; LEITE, Laís; LEITE, Letícia. **A nova Lei do Trabalho Doméstico**: comentários à Lei Complementar n. 150/2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELO, Maria Luisa de. Primeira vítima do RJ era doméstica e pegou coronavírus da patroa no Leblon. **UOL**, Rio de Janeiro, 19 mar. 2020. Seção Saúde. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/19/primeira-vitima-do-rj-era-domestica-e-pegou-coronavirus-da-patroa.htm>. Acesso em: 26 abr. 2021.

MPT – MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Cartilha direitos da trabalhadora doméstica**. Brasília: MPT, 2021. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/cartilhas/cartilha-direitos-das-trabalhadoras-domesticas/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 13 maio 2021.

MPT – MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Nota Técnica Conjunta 04/2020**. Brasília: MPT, 2020. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-no-4-coronavirus-1.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho doméstico no Brasil**: rumo ao reconhecimento institucional. Brasília: OIT, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_230639.pdf. Acesso em: 28 abr. 2021.

PINHEIRO, Luana; TOKARSKI, Carolina; VASCONCELOS, Marcia. **Nota Técnica n. 75** – Vulnerabilidades das trabalhadoras domésticas no contexto da pandemia de covid-19 no Brasil. Brasília: Ipea, jun. 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200609_nt_disoc_n_75.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

SALVADOR, Soledad; COSSANI, Patricia. Trabalhadoras domésticas remuneradas na América Latina e no Caribe frente à crise do covid-19. **ONU Mulheres**, [s. l.], brief v. 1.1, 12 jun. 2020. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/45725>. Acesso em: 13 mai. 2021.

SANTOS, Taina. Prefácio. In: RARA, Preta. **Eu, empregada doméstica: a senzala moderna é o quartinho da empregada**. Belo Horizonte: Ed. Letramento, 2019. p. 9.

UM ANO do primeiro caso de covid-19: veja a evolução da doença. **IstoÉ Dinheiro**, São Paulo, 1º dez. 2020. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/um-ano-do-primeiro-caso-de-covid-19-veja-a-evolucao-da-doenca/>. Acesso em: 26 abr. 2021.

VILELA, Pedro Rafael; MÁXIMO, Wellton. Auxílio emergencial de R\$ 600 é prorrogado por mais dois meses. **Agência Brasil**, Brasília, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-06/auxilio-emergencial-de-r-600-e-prorrogado-por-mais-dois-meses>. Acesso em: 7 maio 2021.

Uso de Software-Defined Perimeter (SDP) e Virtual Desktop Infrastructure (VDI) como estratégias para aprimorar a segurança em atividades de home office^[1]

José Thiago Fredenhagen Filho

Técnico do MPU em Tecnologia da Informação e Comunicações, lotado na PRM de Ribeirão Preto-SP. Especialista em Infraestrutura de TI pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar). Especialista em Gestão Pública pela UFSCar. MBA em Governança de TI pelo Centro Universitário Unieuro (DF). Bacharel em Sistemas de Informação.

Resumo: A adoção do sistema de trabalho remoto por diversas organizações tem suscitado discussões sobre a segurança do acesso às redes corporativas e seus recursos, bem como sobre o uso de dispositivos não gerenciados nesse processo. O presente artigo apresenta brevemente as tecnologias *virtual desktop infrastructure* e *software-defined perimeter* e avalia se, pelas suas características, a adoção de ambas pode mitigar os danos de segurança decorrentes do trabalho remoto. Os resultados demonstram que a adoção conjunta pode minimizar os danos de ataques, sobretudo porque, além de uma boa tecnologia, é necessário que haja uma estratégia de segurança e política adequada ao contexto.

Palavras-chave: perímetro definido por software; infraestrutura de desktop virtual; virtualização; segurança de rede.

Sumário: 1 Introdução. 2 Frameworks de segurança para redes modernas. 2.1 Modelo de segurança Zero Trust. 2.2 *Software-Defined Perimeter* (SDP). 3 *Virtual Desktop Infrastructure* (VDI). 3.1 Computação em nuvem e virtualização. 3.2 Características principais. 3.3 Arquitetura básica de um VDI. 4 Resultados e discussões. 4.1 Minimização dos riscos de segurança do acesso do usuário à rede corporativa por meio de um dispositivo desprotegido ou supostamente comprometido. 4.2 Vazamento de dados causado pelo usuário que deseja salvar algum documento do ambiente corporativo em seu equipamento doméstico. 4.3 Mitigação dos riscos de

movimentação lateral e varredura da rede causados por um invasor que acesse a rede por meio de uma VPN. 5 Conclusão.

1 Introdução

No ano de 2020, com a pandemia causada pelo novo coronavírus, chamado de covid-19, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomendou, como medida para evitar a sua propagação, que fossem feitos o distanciamento físico para as pessoas não infectadas e o isolamento para os casos sintomáticos ou positivos. Com isso, muitas organizações privadas e públicas adotaram o regime de trabalho remoto, ainda que não tivessem a estrutura de TI adequada para tal.

Por não terem tido o tempo necessário para se prepararem, não raro, essas empresas enfrentaram problemas de segurança, principalmente pelo fato de seus funcionários terem passado a usar computadores domésticos sem o devido gerenciamento de atualizações e *patches* de segurança, sem antivírus e com o uso de senhas fracas em suas redes wi-fi domésticas. Além de tudo, nem todas as organizações possuíam uma infraestrutura robusta para aceitar conexões remotas em grande escala com alta segurança (KASPERSKY, 2020b; MICROSOFT, 2020a).

Segundo levantamento feito pela Microsoft em 2020 com gestores de segurança da informação nos EUA, a maior preocupação nesse ano tem sido quanto ao uso que seus funcionários podem fazer com seus dispositivos pessoais que reduzem a segurança corporativa e o consequente fornecimento de segurança a esses dispositivos. Outros pontos também requerem cuidados, segundo eles: o aumento de *phishings*, roubo de credenciais e a mudança de foco para ataques a infraestruturas de rede e VPNs (MICROSOFT, 2020a).

De acordo com o estudo citado, era comum, antes da pandemia, que as empresas emprestassem notebooks aos seus funcionários para trabalhos remotos. Contando que os funcionários retornariam aos escritórios em pequeno intervalo de tempo, e, também, por terem VPNs não estruturadas para acessos simultâneos em grande escala, era frequente aplicarem políticas que impediam a atualização automática dos softwares nos equipamentos, seja através da conexão VPN,

evitando sobrecarga no acesso, seja pela própria internet, evitando atualizações não homologadas.

A Microsoft (2020a) constatou, também, que essa regra passou a ser flexibilizada, permitindo que atualizações fossem recebidas diretamente da internet. Contudo, essa abordagem é restrita aos equipamentos corporativos e gera o problema de permitir a instalação de *patches* e atualizações não homologadas.

Aliado a isso e devido à maior área de exploração disponível, foi relatado pela Kaspersky um aumento de 333% de ataques cibernéticos de força bruta no Brasil de fevereiro a abril de 2020, direcionados a serviços RDP (Remote Desktop Protocol), totalizando mais de 50 milhões de tentativas só em abril, sendo este tipo de ataque o mais comum contra empresas no ano de 2020 (KASPERSKY, 2020a, 2020b).

Assim, considerando as dificuldades apresentadas sobre as questões de segurança devido ao uso de dispositivos de terceiros desprotegidos ou supostamente comprometidos no acesso à rede corporativa, este artigo tem o propósito de estudar se soluções de *Virtual Desktop Infrastructure* (VDI) aliadas ao modelo de segurança *Software-Defined Perimeter* (SDP) podem auxiliar na mitigação das vulnerabilidades decorrentes do trabalho remoto.

As principais vulnerabilidades que serão consideradas são a varredura de endereços IPs e portas de serviços abertas, a movimentação lateral entre dispositivos e recursos, e o vazamento de dados decorrentes do acesso remoto.

Para tanto, este artigo apresenta brevemente, no item 2, o framework de segurança *Zero Trust* e seu derivado *Software-Defined Perimeter*. A tecnologia de *Virtual Desktop Infrastructure* é apresentada no item 3. Os resultados e discussões são expostos no item 4 e, no 5, há a conclusão.

2 Frameworks de segurança para redes modernas

O uso de VPN (*Virtual Private Network*), bastante comum na realização de trabalho remoto, garante que o tráfego de dados ocorra em um túnel privado protegido por criptografia. Embora proporcione

segurança quanto à interceptação de dados, não impede que uma ameaça acesse a rede corporativa caso a segurança do equipamento do usuário esteja comprometida. Vale dizer, ainda, que diversas vulnerabilidades relacionadas a VPNs foram divulgadas nos últimos dez anos e, mesmo havendo *patches* de segurança para as suas correções, ainda são encontrados muitos serviços vulneráveis na internet (SARVEPALLI, 2019).

Em vista disso, a VPN tornou-se um vetor de ataques muito desejado por crackers, principalmente neste momento de pandemia, tendo sido emitidos vários alertas por agências norte-americanas e europeias de cibersegurança sobre segurança em VPNs e respectivos ataques que vêm ocorrendo (CYBERSECURITY & INFRASTRUCTURE SECURITY AGENCY, 2020b, 2020c; NATIONAL CYBER SECURITY CENTRE, 2019).

Entre os problemas mais relatados estão a exploração de vulnerabilidades de *bugs* em servidores VPN, com subsequente instalação de *backdoors* e/ou *ransomwares*; *VPN pivoting*, em que o atacante, depois de um acesso bem-sucedido, faz a movimentação lateral para outros equipamentos da rede corporativa. Esse acesso pode ter sido obtido por hacking direto ao servidor VPN ou através de uma conexão legítima realizada por funcionário da empresa em um dispositivo comprometido. Tendo acessado a rede, é bastante comum a realização de escaneamento dos endereços IPs e portas abertas. E, em todos os casos, a extração de dados relevantes (BYOS INC, 2020; CYBERSECURITY & INFRASTRUCTURE SECURITY AGENCY, 2020b; MICROSOFT, 2020a).

Há também as ameaças internas, intencionais ou não, e que podem ser mais frequentes quando se tem a maioria dos funcionários em trabalho remoto. O roubo de propriedade intelectual e fraude para ganho financeiro, como consequência de alguma insatisfação com a organização ou alguma perda financeira, é uma delas. E o vazamento de dados não intencional também, por erro ou distração, geralmente como consequência de estresse pela mudança abrupta e não voluntária da rotina de trabalho (CARNEGIE MELLON UNIVERSITY, 2020; MICROSOFT, 2020a).

Desse modo, embora o uso da VPN para o trabalho remoto atenda a questões operacionais dos funcionários, fica evidente que não tem

atendido bem aos problemas de gerenciamento de atualizações e patches de segurança, a exploração da rede depois do seu acesso e o vazamento de dados (BYOS INC, 2020; MICROSOFT, 2020a).

Além das questões atinentes ao cenário da VPN, os modelos tradicionais de segurança também têm se mostrado inadequados para proteger as redes atuais de ataques, pois estas se diferem em vários pontos da infraestrutura tradicional. Atualmente, a adoção da computação em nuvem, com o uso crescente de dispositivos IoT e equipamentos não gerenciados, decorrentes, neste último caso, da adesão ao trabalho remoto e BYOD (*Bring Your Own Device*), mudaram os limites de perímetro das redes (MOUBAYED; REFAEY; SHAMI, 2019).

Novos modelos ou frameworks de segurança estão sendo propostos e adaptados, visando tratar as novas dificuldades surgidas. Entre eles, pode-se citar o *Zero Trust* (ZT) e o *Software-Defined Perimeters* (SDP), que serão apresentados brevemente a seguir.

2.1 Modelo de segurança *Zero Trust*

O framework de segurança denominado *Zero Trust* busca a proteção das pessoas, dispositivos, aplicativos e dados, independentemente do local onde estejam ou sejam acessados. Uma de suas premissas é que toda solicitação de sessão ou acesso parte de um meio não confiável, potencialmente já comprometido, mesmo que ocorra internamente, sendo, portanto, válida a regra de nunca confiar e sempre verificar (MICROSOFT, 2020b).

A infraestrutura de TI deve estar preparada de tal modo que, se um invasor obtiver acesso a um dispositivo ou credencial de usuário, tenha a capacidade de movimentação lateral ou de extração de dados inibida ou reduzida, oferecendo um plano de defesa em profundidade (UTTECHT, 2020).

Para isso, alguns princípios são definidos. Um deles é que todas as entidades da infraestrutura (identidades, dispositivos, aplicações, dados, infraestrutura e redes) devem ser submetidas à autenticação para as comunicações entre si, sejam elas externas ou não (UTTECHT, 2020).

Além disso, os recursos devem ser segmentados à mínima parte possível, de modo que todo o acesso permitido não possibilite visualizar todo o conjunto de dados críticos de uma só vez. Junto com esse princípio, há a atribuição de confiança mínima à entidade, restringindo os privilégios de acesso e direitos ao estritamente necessário para as suas atividades. Essa restrição vai além da função, indo também por quanto tempo possuir tal privilégio e onde puder ser usado ou acessado. Ainda, a avaliação de confiabilidade deve ser dinâmica, ou seja, avalia-se conforme o contexto da requisição (UTTECHT, 2020).

Esse contexto pode ser formado pelas informações da requisição de acesso, bem como com a identidade do usuário, o estado do seu dispositivo, os aplicativos em uso, a classificação dos dados, entre outros (MICROSOFT, 2020b).

A criptografia total também é um princípio desse modelo, no qual todos os dados em trânsito ou armazenados, na rede ou fora dela, deverão ser criptografados (UTTECHT, 2020).

Por fim, o monitoramento de todas as entidades é peça chave para a melhoria contínua das políticas de segurança e detecção de problemas e sua correção (UTTECHT, 2020).

Vale dizer que esses princípios se aplicam a seis elementos principais (MICROSOFT, 2020b):

- **Identities:** representam pessoas, serviços e dispositivos. Em um nível ótimo de maturidade deste framework, a autenticação é realizada sem senha e conforme a análise do contexto.
- **Dispositivos:** são todos os equipamentos ligados à infraestrutura – IoT, smartphones, BYOD, dispositivos gerenciados por parceiros e servidores hospedados na nuvem.
- **Aplicações:** desde aplicações legadas e locais até as em nuvem e SaaS.
- **Dados:** devem ser classificados, rotulados, criptografados e rastreados.

- Infraestrutura: devem ser definidos controles de segurança aos ativos da infraestrutura, tais como servidores locais, VMs em nuvem, contêineres e microsserviços.
- Redes: controles de rede e microsegmentação, criptografia ponta a ponta, monitoramento e análise de tráfego.

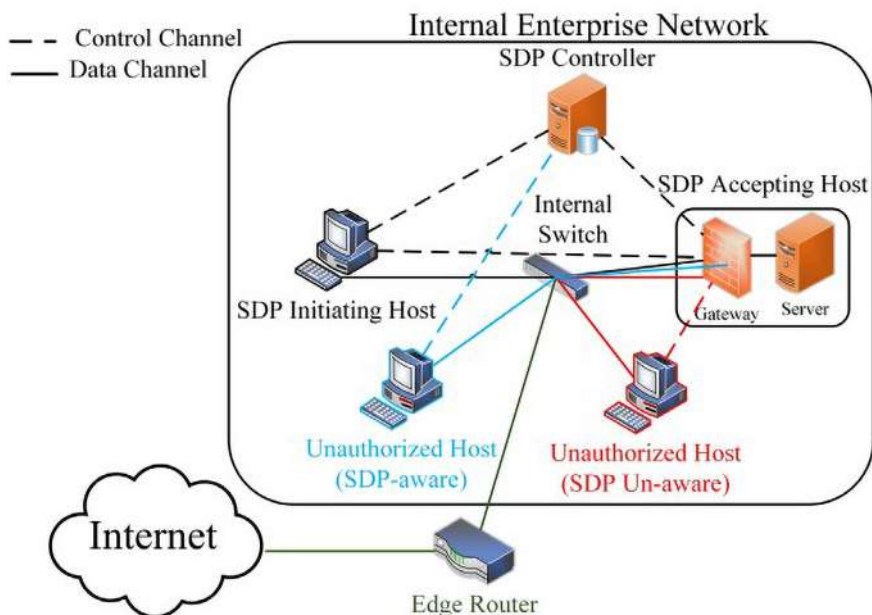
É importante ressaltar que esse framework é concebido para ser aplicado à organização como um todo, permeando as diretrizes, políticas e planos de segurança, todas as tecnologias envolvidas em todos os níveis, pessoas e cultura organizacional. Devem-se automatizar os processos de controle de segurança e utilizar a inteligência artificial para análise de anomalias e emissão de alertas, de modo que o tempo médio de resposta a incidentes seja reduzido (MICROSOFT, 2020b; UTTECHT, 2020).

2.2 Software-Defined Perimeter (SDP)

Este é um modelo de segurança derivado do *Zero Trust* que é mais genérico e abrangente e não define, necessariamente, de que modo a segurança deve ser feita. Já o SDP define que o perímetro deve ser protegido por mecanismos lógicos e também de forma dinâmica, em vez de se usar dispositivos físicos com regras estáticas. Essa segurança é feita por meio de um *gateway* lógico de acesso que protege os recursos da rede, autenticando e autorizando as identidades dos usuários e dispositivos antes de conceder visibilidade e acesso ao recurso solicitado. Todos os acessos são feitos por meio de conexões criptografadas em tempo real (MOUBAYED; REFAEY; SHAMI, 2019).

Dessa forma, o usuário não se conecta a uma infraestrutura completa ou, ainda, a uma parcialmente segmentada, mas somente ao recurso solicitado pelo tempo que durar a conexão. Essa conexão é criptografada por meio do protocolo TLS, tanto no cliente quanto no servidor. Se houver desconexão e for necessário novo acesso, todo o processo de verificação, validação do usuário e do dispositivo e criação do túnel é repetido (CLOUDFLARE, 2020).

Figura 1 – Diagrama da arquitetura SDP



Fonte: MOUBAYED; REFAEY; SHAMI, 2019.

Na Figura 1, pode-se observar um diagrama do modelo SDP, cujos elementos principais (*SDP Initiating Host*, *SDP Controller* e *SDP Accepting Host*) estão interligados por um canal de controle, necessário para as verificações e autorizações de acesso. Um *host* não autorizado (em azul), mas pertencente ao SDP, tentou uma comunicação com o *controller*, que foi recusada e não repassada ao *gateway*. Há também outro *host* (em vermelho) que não pertence ao SDP e que, por não ter conhecimento do *controller*, submeteu pacotes diretamente ao *gateway*, o que também foi rejeitado. Por fim, o *host* que possui permissão para acessar o *Server* teve uma conexão estabelecida com o *controller*, seguida por uma conexão ao *gateway*, que se comunicou com o *Server*, estabelecendo, assim, um túnel de comunicação.

A arquitetura deste modelo se baseia em cinco camadas de segurança e três elementos de funcionamento. As camadas, que são na realidade os princípios do funcionamento deste modelo, são:

- Autenticação de pacote único (SPA): é a base da autenticação do modelo. É usada para rejeitar o tráfego recebido de dispositivos não autorizados. O dispositivo cliente envia um pacote criptografado para o controlador SDP, que verifica e autoriza, se estiver tudo certo. Um segundo pacote é enviado pelo dispositivo, para que ajude a determinar o tráfego do dispositivo autorizado e rejeitar o restante.
- Segurança mútua de camada de transporte (mTLS): no SDP, o protocolo TLS é usado bidirecionalmente (cliente-servidor e servidor-cliente) para a autenticação de dispositivos, e não apenas servidor-cliente. Ou seja, a autenticação de tudo e todos. Um atacante precisaria das chaves SDP para falsificar um pacote SPA.
- Validação de dispositivo (DV): o mTLS prova apenas que a chave ainda é válida (não está expirada nem revogada), mas não que a chave foi roubada e que está sendo usada por dispositivo indevido. Desse modo, há uma camada extra de segurança que garante que a chave criptográfica usada seja mantida no dispositivo apropriado. Para isso, é feita a validação do dispositivo, verificando se pertence a um usuário autorizado e se o dispositivo é o mesmo que foi habilitado previamente no SDP.
- *Firewalls* dinâmicos: os *firewalls* tradicionais costumam ter muitas regras estáticas. Já os dinâmicos possuem apenas uma regra estática: negar todas as conexões. As liberações são feitas dinamicamente no *gateway*, sendo autorizadas ou recusadas conforme o contexto.
- Vinculação de aplicativos (AppB): é um processo de forçar que os aplicativos autorizados usem os túneis TLS criptografados criados pelo SDP. Isso acontece depois que o dispositivo e o usuário já estiverem autenticados e autorizados.

Quanto aos elementos, o *SDP Controller* é o responsável pela coordenação das mensagens de controle, sendo um agente de confiança entre os demais elementos. Determina quais serviços cada cliente está autorizado a acessar, autentica dispositivos, emite certificados TLS e ajuda nas demais configurações necessárias para o estabelecimento de túnel mútuo TLS entre as partes (MOUBAYED; REFAEY; SHAMI, 2019).

Quando o cliente deseja se conectar a um serviço, o *controller* recebe as informações de identificação e contexto do dispositivo e valida-as conforme uma base interna. Em Moubayed, Refaey e Shami (2019), foi montada uma estrutura em que os detalhes dos usuários, dispositivos, servidores autorizados e serviços eram armazenados em um banco de dados local. Esses dados são fornecidos ao *gateway* para a definição das regras dinâmicas de acesso.

O SDP *Initiating Host* (IH) é o *host* cliente previamente habilitado no *controller*. Inicialmente, o IH envia o pedido de conexão ao controlador com o seu certificado e dados do hardware e software instalados. Uma vez verificado e autorizado, é estabelecido um túnel mútuo com o *controller*. Só depois disso é que o IH informa qual o serviço que deseja acessar. Faz-se nova verificação para avaliar se esse acesso é permitido. Em caso positivo, o *controller* envia ao *gateway* os dados de conexão do cliente e certificado, que inicia novo processo de conexão com o cliente (MOUBAYED; REFAEY; SHAMI, 2019).

O SDP *Accepting Hosts* (AH), ou *gateway* SDP, é o dispositivo responsável pela segurança do serviço ou recurso, tal como um *firewall* lógico. De regra, todos os pacotes e solicitações de *hosts* clientes são rejeitados e há uma regra fixa de aceitar pacotes somente do *controller* e do serviço ou recurso que protege, mas cujas comunicações são feitas por um túnel TLS (MOUBAYED; REFAEY; SHAMI, 2019).

O estabelecimento de conexão com o cliente se dá após a informação do *controller* de que o cliente está validado, autorizado e possui permissão para determinado serviço. Aí sim é feito um túnel entre o *gateway* e o cliente, e a troca de dados entre este e o serviço de fato ocorrem (CLOUDFLARE, 2020).

Em uma implementação feita por Moubayed, Refaey e Shami (2019), o *gateway* foi implementado com o uso de um *iptables* cujas regras eram dinamicamente atualizadas conforme as informações recebidas do *controller*.

3 Virtual Desktop Infrastructure (VDI)

As tecnologias de computação em nuvem, ou *cloud computing*, têm sido cada vez mais adotadas por instituições públicas e privadas, tendo em

vista as vantagens a elas inerentes, tais como o alto desempenho e disponibilidade fornecidos, redução de consumo de energia e gastos, escalabilidade de recursos, segurança e gerenciamento mais eficiente.

Com a computação em nuvem, recursos de processamento, armazenamento e redes passaram a ser oferecidos virtualmente e sob diferentes níveis de serviços ao usuário, sendo os principais IaaS (*Infrastructure as a Service*), PaaS (*Platform as a Service*) e SaaS (*Software as a Service*).

À medida que essa tecnologia amadureceu, outro serviço começou a ganhar espaço: a *Virtual Desktop Infrastructure* (VDI), trazendo também o conceito de DaaS (*Desktop as a Service*). Essa solução fornece ambientes de desktops virtuais, os quais são virtualizados em servidores e disponibilizados na forma de serviços sob demanda aos usuários. Além das vantagens herdadas da *cloud computing*, o acesso a um ambiente de trabalho computacional virtual possibilita um melhor aproveitamento de poder de processamento de hardware, diferentemente da solução tradicional, a qual fornece um computador pessoal completo para o usuário, que frequentemente fica subutilizado para a maioria dos perfis de usuários (NAKHAI; ANUAR, 2017).

Outro ponto é que essa tecnologia permite aos gestores de TI resolverem problemas de gerenciamento de *endpoints* (estações de trabalho e dispositivos móveis), facilitando a padronização de sistemas operacionais, atualizações e aplicações de *patches* de segurança, e até mesmo sendo uma solução viável para os problemas oriundos da adoção do BYOD (*Bring Your Own Device* – traga seu próprio aparelho, em tradução livre), fundamentais para o trabalho remoto (AMERICA, 2016).

3.1 Computação em nuvem e virtualização

A computação em nuvem é um modelo computacional que fornece aos seus usuários recursos de processamento, armazenamento e rede sob a forma de serviços descentralizados do local do usuário. Tais serviços são executados sobre uma plataforma física que fica encapsulada para os seus usuários, de modo que estes têm acesso apenas ao que está disponível em sua interface, não sendo necessário gerenciar nem saber exatamente como a estrutura física está composta, importando mais a qualidade, o custo e o gerenciamento dos recursos oferecidos (RIBEIRO, 2019).

Esse modelo depende essencialmente da virtualização, que possibilita a criação de uma máquina virtual – do inglês, *virtual machine* (VM) – para o usuário, ocultando o hardware real. A VM tem o seu funcionamento parecido com o de um equipamento físico, porém possibilita o melhor aproveitamento do poder computacional do hardware que a hospeda, visto que várias máquinas virtuais podem ser criadas e executadas ao mesmo tempo, reduzindo a possibilidade de hardware ocioso (YANG *et al.*, 2018).

3.2 Características principais

Com o avanço das tecnologias de computação em nuvem, surgiram soluções de desktops virtualizados (VDIs) em servidores instalados em estrutura própria ou em nuvens públicas e disponibilizados na forma de serviços sob demanda aos usuários por meio da rede ou da internet (NAKHAI; ANUAR, 2017).

Em um cenário em que as equipes de TI estão cada vez mais reduzidas, apesar da sua importância dentro das organizações, a adoção de VDI pode poupar tempo e esforço para a área técnica, visto que vários desktops virtuais (VDs) podem ser disponibilizados aos usuários em pouco tempo, pois são criados a partir de um *template*, chamado também de *golden image* ou imagem mestre. Essa imagem é previamente definida a partir de um determinado perfil de usuário, onde são instalados o sistema operacional e os demais aplicativos, configurações e atualizações necessárias, sendo feito isso apenas uma vez (AZZEDIN; YAHYA; MAHMOOD, 2019).

Desse modo, organizações podem fornecer aos seus funcionários uma área de trabalho remota completa, atualizada, gerenciada centralizadamente e isolada do equipamento do usuário, possibilitando uma redução de riscos de segurança, pois uma vez conectado ao desktop virtual, o acesso aos recursos internos da empresa passa a ser realizado a partir de um desktop homologado e controlado, e não por meio do seu próprio equipamento ligado diretamente à rede, sendo uma solução interessante para trabalhos remotos (AZZEDIN; YAHYA; MAHMOOD, 2019).

Aliado a isso, a solução pode oferecer níveis elevados de disponibilidade, se construída em um ambiente altamente disponível. E a flexibilidade

na forma de acesso também tende a ser outro ponto forte, pois o usuário tem a liberdade de acessar seu ambiente de trabalho a qualquer momento e a partir de qualquer equipamento, seja um computador pessoal (PC), um *thin client*, um smartphone, tablet, independentemente do sistema operacional executado (AZZEDIN; YAHYA; MAHMOOD, 2019).

Outra vantagem do VDI é a economia gerada pelo uso de dispositivos mais simples como terminais de acesso, ou seja, não é necessário investir tanto na aquisição de computadores pessoais, podendo ser usados *thin clients* ou até mesmo equipamentos antigos, o que dispensaria o gasto com novas compras. Nesse ponto, os *upgrades* nesses computadores tornam-se minimamente necessários e o consumo de energia elétrica também pode ser reduzido (SIGL; BERL, 2018).

Apesar das vantagens citadas, as desvantagens referem-se à alta dependência de conexão de rede para ser possível o uso de VDI e desempenho atrelado à largura de banda disponível. Outro problema é que, se houver alguma falha no servidor, o serviço será interrompido. Contudo, essa questão é facilmente resolvida com a redundância da infraestrutura, de modo que possibilite a migração de VD em execução de um servidor para outro (AZZEDIN, YAHYA; MAHMOOD, 2019).

3.3 Arquitetura básica de um VDI

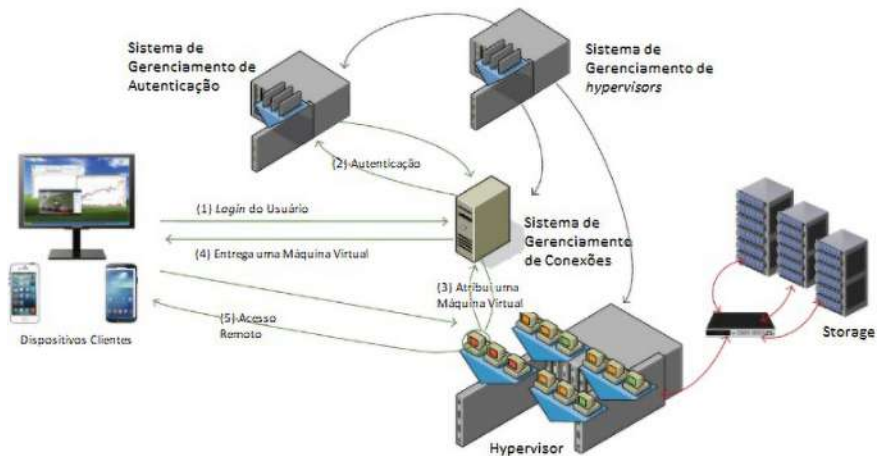
O processo de disponibilização de uma máquina virtual ao usuário inicia-se quando ele envia uma requisição de login de acesso para o sistema de gerenciamento de conexões (*connection management system* – CMS). Essa requisição é iniciada em seu dispositivo cliente, que pode ser um computador ou notebook, tablet, smartphone ou *thin client* (JEONG *et al.*, 2015).

Dependendo da solução VDI utilizada, pode-se fazer a conexão e a visualização do desktop virtual por meio de um aplicativo instalado ou de um navegador com suporte a HTML5.

O sistema de gerenciamento de conexões (CMS), também chamado de *broker* de conexão, é o intermediário entre o cliente e o sistema de gerenciamento de autenticação (*authentication management system* – AMS), que é, na realidade, o serviço de diretório da rede, como o *Microsoft Active Directory*, por exemplo (JEONG *et al.*, 2015).

Após o processo de autenticação ter sido concluído com sucesso, o CMS envia uma requisição ao sistema de gerenciamento de *hypervisors*, ou diretamente ao próprio *hypervisor*, para que seja alocado um desktop virtual ao solicitante. O desktop virtual é, então, instanciado e atribuído a ele. O CMS, por sua vez, faz a entrega ao usuário, atuando, nesse momento, como um gerenciador de visualização dos desktops virtuais disponibilizados (JEONG *et al.*, 2015).

Figura 2 – Arquitetura básica de um VDI



Fonte: JEONG *et al.*, 2015.

Na Figura 2, é mostrada uma requisição direta do CMS ao *hypervisor*, porém, em ambientes que requeiram alta disponibilidade e escalabilidade, adota-se uma estrutura com vários virtualizadores, sendo necessário um sistema de gerenciamento de *hypervisors* que possa definir qual deverá ser usado, realizando assim um balanceamento de cargas (GORDON, 2019).

O *hypervisor* é o responsável por criar máquinas virtuais (VMs). A criação de máquinas é feita a partir de uma imagem pré-definida, chamada de imagem mestre ou *golden image*. É boa prática criar variações de imagens mestre que atendam a diferentes perfis, prioridades e necessidades de uso, tendo uma variedade de arquiteturas de hardware com

memória, processador, sistema operacional, aplicativos e outros recursos diferentes entre si (UDS ENTERPRISE TEAM, 2016).

Outra estratégia é criar um *pool* de VMs, que é vinculado a uma imagem mestre e tem definido um número máximo de VMs daquele tipo. Ou seja, quando o usuário solicita um desktop virtual, após a autenticação, será verificado a qual tipo de máquina ele possui privilégio de acesso. Para esse tipo, instancia-se uma VM, se não tiver sido atingido o limite total de uso. Isso permite um melhor gerenciamento dos recursos do *hypervisor*, não permitindo que mais máquinas, além da quantidade ideal, sejam instanciadas e consumam todos os recursos (VMWARE INC, 2017).

Esse processo de instanciação ocorre por meio de clonagem total da imagem mestre ou de um *snapshot*, criando um clone vinculado. No primeiro caso, o processo de clonagem é mais demorado para ser feito e ocupa mais espaço de armazenamento, visto que uma nova máquina virtual totalmente independente é criada. Já no segundo modo, cria-se uma máquina vinculada à máquina virtual pai a partir de um *snapshot*, que dependerá de uma conexão permanente a ele e compartilhará os discos virtuais, o que também reduz o espaço de armazenamento consumido (VMWARE INC, 2017).

O uso de *pools* permite um melhor gerenciamento das VMs, visto que basta que a imagem mestre seja atualizada ou modificada para que as suas instâncias repliquem essas mudanças. Esta funcionalidade é bastante interessante para minimizar o problema de segurança referente ao controle de atualização dos softwares utilizados pelos usuários da organização (VMWARE INC, 2017).

Isso ocorre devido à instalação e aplicação de atualizações e *patches* do sistema operacional e de demais aplicativos se feitas de modo centralizado, com muita simplicidade, sendo distribuídas a inúmeras máquinas de modo automatizado e não individualizado.

Ainda quanto aos tipos de desktops virtuais, estes podem ser de dois tipos: desktops não persistentes e persistentes. A escolha do tipo adequado deve levar em consideração o orçamento disponível, a infraestrutura existente e o perfil de uso dos usuários.

Os desktops não persistentes são aqueles cujos dados armazenados na máquina virtual durante o seu uso são destruídos após o desligamento. É um modelo mais econômico, pois possui baixo custo de backup e armazenamento. O seu funcionamento pode ser baseado em *pool*, sendo atribuída aleatoriamente uma das máquinas ao solicitante. Uma variação possível é não atribuir aleatoriamente, mas, sim, estaticamente (VMWARE INC, 2017).

Já os desktops persistentes permitem o armazenamento das alterações feitas no desktop virtual, mantendo um disco virtual para o usuário. Nesse caso, após a realização do primeiro logon, é atribuída ao usuário uma máquina que ficará estaticamente vinculada ao seu perfil, de modo que somente ele poderá usá-la no futuro. Assim, todas as personalizações realizadas serão carregadas junto com a máquina virtual (VMWARE INC, 2017).

Uma variação híbrida desses modelos, que permite o uso e armazenamento dos documentos pessoais, mas não necessariamente os dados de aplicativos instalados pelo usuário e personalizações de área de trabalho, é através de perfis móveis, que ficam armazenados em algum *storage* e são carregados no momento que a máquina é atribuída ao usuário. Neste caso, somente os dados armazenados na unidade de rede montada serão mantidos (VMWARE INC, 2017).

Por fim, um recurso oferecido por soluções VDI do mercado é a proteção de cópia de conteúdo, que permite que o gestor habilite ou não a transferência de arquivos e dados da máquina virtual para o dispositivo cliente e vice-versa. Essa funcionalidade, embora não impeça de todo modo, mitiga o vazamento de documentos inteiros de uma só vez por meio de sua cópia ou transferência (VMWARE INC, 2017).

4 Resultados e discussões

Nesta seção, serão apresentados os resultados da presente pesquisa e suas discussões em relação aos problemas inicialmente destacados.

O trabalho remoto adotado pelas organizações já há algum tempo, mas principalmente no ano de 2020 devido à pandemia, tem suscitado discussões sobre a segurança dos dispositivos dos usuários e um

modo seguro de acessar os recursos da rede corporativa a partir de uma rede externa.

O artigo focou em descrever soluções e estratégias que poderiam minimizar três problemas de segurança relacionados ao cenário descrito.

4.1 Minimização dos riscos de segurança do acesso do usuário à rede corporativa por meio de um dispositivo desprotegido ou supostamente comprometido

O acesso à rede corporativa por dispositivos desprotegidos, mesmo que pela VPN, é um risco de segurança grave que deve ser evitado. O uso de dispositivos não gerenciados, embora comum, é de difícil controle. Porém, como se pode verificar neste artigo, o VDI proporciona a disponibilização de um desktop virtual ao usuário, isolado do computador que o acessa. O gerenciamento desse desktop é possível pela adoção de *pools* de VMs e gerenciamento de versões das imagens mestres, devido à replicação feita às VMs clones.

Embora essa tecnologia não possibilite o gerenciamento do equipamento particular, oferece ao usuário um canal de acesso e comunicação mais seguro e isolado do seu sistema de acesso, no qual os riscos de um malware e a interação de um atacante presente seriam mitigados, por acrescentar uma camada de interação.

4.2 Vazamento de dados causado pelo usuário que deseja salvar algum documento do ambiente corporativo em seu equipamento doméstico

Aqui, o uso de VDI e SDP são fundamentais para evitar que vazamentos de dados causados pelo usuário comprometam a segurança da organização. Isso pelo fato de as soluções VDI no mercado terem recursos que, se habilitados, impedem o download e o upload de arquivos da máquina virtual para o dispositivo cliente.

Já o SDP, também pela microssegmentação dos recursos, que podem e devem ser estendidos aos dados, e pela política de privilégios mínimos, mitiga o vazamento de dados, uma vez que, se

ocorrer, será de pequenas partes de informações, com o menor potencial possível de dano.

4.3 Mitigação dos riscos de movimentação lateral e varredura da rede causados por um invasor que acesse a rede por meio de uma VPN

O modelo de segurança SDP, que é baseado no *Zero Trust*, pode reduzir os riscos de segurança advindos de acesso à rede corporativa por meio de um dispositivo desprotegido ou de roubo de credenciais, visto que seus princípios propõem mecanismos que impedem a varredura de rede e a movimentação lateral. Dentre estes princípios, citam-se a segurança mútua de camada de transporte e a validação de dispositivo, que exigem que o atacante obtenha as chaves SDP e o conjunto de dados necessários do contexto para conseguir acessar algum determinado recurso. Como esses dados de contexto são variáveis, acrescentam um alto nível de dificuldade para a ação hacker.

Outro ponto benéfico é que a microssegmentação, aliada às permissões mínimas de acesso, protegem os recursos caso o atacante consiga, de fato, estabelecer conexão. Isso permitiria que ele acessasse alguma coisa; porém, pela sua granularidade, possivelmente não o suficiente para comprometer um sistema ou a confidencialidade de alguma informação.

Por esses motivos, a adoção do modelo SDP proporciona um incremento de segurança no que se refere ao problema citado.

5 Conclusão

Este artigo apresentou, sem esgotar o assunto, aspectos básicos da tecnologia VDI e o modelo de segurança SDP. Ambas as tecnologias apresentam pontos relevantes na mitigação de vulnerabilidades de segurança oriundas do trabalho remoto, principalmente se forem usadas em conjunto, montando-se uma arquitetura SDP aplicada a VDI.

Vale dizer que não basta o uso de uma tecnologia para que a segurança da informação seja provida; também é preciso pensar a estratégia de uso e a política de segurança adequada para o contexto.

Referências

- AMERICA, Computer Resources of. **VDI vs. Daas**: exploring the benefits of hosted desktops. New York, USA. Disponível em: https://www.consultcra.com/wp-content/uploads/2020/04/Connect_White_Paper-Hosted_desktops.pdf. Acesso em: 22 jun. 2022.
- AZZEDIN, Farag; YAHYA, Salah; MAHMOOD, Sajjad. Performance evaluation of VDI-based private cloud technology for education and research. **International Journal of Computer Science and Network Security**, v. 19, n. 9, p. 231-237, set. 2019. Disponível em: http://paper.ijcsns.org/07_book/201909/20190927.pdf. Acesso em: 22 jun. 2022.
- BYOS INC. **The problem with VPNs**. 2020. Disponível em: <https://byos.io/blog/the-problem-with-vpns>. Acesso em: 21 nov. 2020.
- CARNEGIE MELLON UNIVERSITY. Software Engineering Institute. **Insider threats in the time of covid-19**. 2020. Disponível em: <https://www.sei.cmu.edu/news-events/news/article.cfm?assetId=638958>. Acesso em: 21 nov. 2020.
- CLOUDFLARE. **What is a software-defined perimeter?** SDP vs. VPN. 2020. Disponível em: <https://www.cloudflare.com/pt-br/learning/access-management/software-defined-perimeter/>. Acesso em: 24 nov. 2020.
- CYBERSECURITY & INFRASTRUCTURE SECURITY AGENCY. **Critical Infrastructure Sectors**. 2020a. Disponível em: <https://www.cisa.gov/critical-infrastructure-sectors>. Acesso em: 21 nov. 2020.
- CYBERSECURITY & INFRASTRUCTURE SECURITY AGENCY. **Iran-based threat actor exploits VPN vulnerabilities**. 2020b. Disponível em: <https://us-cert.cisa.gov/ncas/alerts/aa20-259a>. Acesso em: 21 nov. 2020.
- CYBERSECURITY & INFRASTRUCTURE SECURITY AGENCY. **Enterprise VPN security**. 2020c. Disponível em: <https://us-cert.cisa.gov/ncas/alerts/aa20-073a>. Acesso em: 21 nov. 2020.
- GORDON, Graeme. **Understanding horizon connections**. 2019. Disponível em: <https://techzone.vmware.com/blog/understanding-horizon-connections>. Acesso em: 1º out. 2020.
- JEONG, Doowon *et al.* Investigation methodology of a virtual desktop infrastructure for IoT. **Journal of Applied Mathematics**, v. 2015, 10 p., mar. 2015. Hindawi Limited. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1155/2015/689870>. Acesso em: 22 jun. 2022.

KASPERSKY. **Empresas já são o principal alvo de ciberataques na América Latina, mostra relatório da Kaspersky.** 2020a. Disponível em: https://www.kaspersky.com.br/about/press-releases/2020_empresas-ja-sao-o-principal-alvo-de-ciberataques-na-america-latina-mostra-relatorio-da-kaspersky. Acesso em: 21 nov. 2020.

KASPERSKY. **Home office motiva aumento de mais de 330% em ataques usando sistemas de acesso remoto no Brasil.** 2020b. Disponível em: https://www.kaspersky.com.br/about/press-releases/2020_home-office-motiva-aumento-de-mais-de-330-em-ataques-usando-sistemas-de-acesso-remoto-no-brasil. Acesso em: 21 nov. 2020.

MICROSOFT (EUA). **Microsoft Digital Defense Report.** [Redmond]: Microsoft, 2020a. Disponível em: <https://query.prod.cms.rt.microsoft.com/cms/api/am/binary/RWxPuf?culture=en-us&country=US>. Acesso em: 6 jul. 2022.

MICROSOFT (EUA). **Zero Trust Maturity Model.** [Redmond]: Microsoft, 2020b. Disponível em: https://download.microsoft.com/download/f/9/2/f92129bc-0d6e-4b8e-a47b-288432bae68e/Zero_Trust_Vision_Paper_Final%2010.28.pdf. Acesso em: 23 nov. 2020.

MOUBAYED, Abdallah; REFAEY, Ahmed; SHAMI, Abdallah. Software-Defined Perimeter (SDP): state of the art secure solution for modern networks. **IEEE Network**, Nova Iorque, v. 33, n. 5, p. 226-233, set./out. 2019. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/8863736>. Acesso em: 22 nov. 2020.

NAKHAI, Pedram Hossein; ANUAR, Nor Badrul. Performance evaluation of virtual desktop operating systems in virtual desktop infrastructure. **2017 IEEE Conference on Application, Information and Network Security (AINS)**, 2017, p. 105–110, 2017.

NATIONAL CYBER SECURITY CENTRE. **Vulnerabilities exploited in VPN products used worldwide: APTs are exploiting vulnerabilities in several VPN products used worldwide.** 2019. Disponível em: <https://www.ncsc.gov.uk/news/alert-vpn-vulnerabilities>. Acesso em: 23 nov. 2020.

RAHMAN, Hafiz Ur *et al.* Performance evaluation of VDI environment. **2016 6th International Conference on Innovative Computing Technology (INTECH)**, Dublin, IEEE, p. 104-109, 2016. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/7845102>. Acesso em: 1º out. 2020.

RIBEIRO, Carlos E. R. **Gerenciando Ambientes Multicloud**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Infraestrutura de TI) – Departamento de Computação, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos-SP, 2019.

SARVEPALLI, Vijay. **VPN: a gateway for vulnerabilities**. Software Engineering Institute, 2019. Disponível em: <https://insights.sei.cmu.edu/cert/2019/11/vpn---a-gateway-for-vulnerabilities.html>. Acesso em: 21 nov. 2020.

SIGL, Christina; BERL, Andreas. Benchmarking and user types in virtual desktop infrastructures. **2018 IEEE 14th International Conference on Intelligent Computer Communication and Processing, ICCP 2018**, p. 47-54, 2018. DOI: 10.1109/ICCP.2018.8516634.

UDS ENTERPRISE TEAM. **Best practices for VDI golden images management**. 2016. Disponível em: <https://www.udsenterprise.com/en/blog/2016/06/14/vdi-golden-images-best-practices/>. Acesso em: 20 out. 2020.

UTTECHT, Karen D. **Zero trust (ZT) concepts for federal government architectures**. Technical Report 1253. Lexington: Massachusetts Institute of Technology, 2020. 58 p. Disponível em: <https://apps.dtic.mil/sti/pdfs/AD1106904.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2020.

VMWARE INC. Setting Up desktop and application pools in view: vmware horizon 7 7.0. **VMware Horizon 7 7.0**. 2017. Disponível em: <https://docs.vmware.com/en/VMware-Horizon-7/7.0/view-70-setting-up-desktops.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

YANG, Chao-Tung; LIU, Jung-Chun; LEE, Jheng-Yue; CHANG, Chih-Hung; LAI, Chuan-Lin; KUO, Chia-Chen. The implementation of a virtual desktop infrastructure with GPU accelerated on OpenStack. **15th International Symposium on Pervasive Systems, Algorithms and Networks (I-SPAN)**, 2018, p. 366-370. DOI: 10.1109/I-SPAN.2018.00069.

Nota

- [1] Texto adaptado de artigo apresentado para fins de conclusão de Especialização em Infraestrutura de TI pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) em 2021.

O Ministério Público do Trabalho em prol da Agenda 2030 da ONU e da concretização do princípio da fraternidade

Juliana Bortoncello Ferreira

Procuradora do Trabalho. Especialista em Direito e Processo do Trabalho, em Mercado de Trabalho e em Formação de Professores para a Educação Superior Jurídica.

Resumo: A degradação do meio ambiente, aliada a outras adversidades, de ordem ética, econômica e social, tem ensejado a adoção de providências por organismos internacionais para evitar o agravamento de tais questões em âmbito mundial, bem como preservar o planeta para as presentes e futuras gerações. Nesse sentido, foi elaborada a Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas (ONU), composta por objetivos e metas, visando também ao engajamento dos países que a integram, na busca pelo desenvolvimento sustentável. Para o cumprimento e efetividade, faz-se relevante a aplicação do princípio da fraternidade, em vista de suas características peculiares e do intuito inerente de cooperação que deve haver entre pessoas físicas ou jurídicas, da rede pública ou privada. Nesse sentido, fazendo o seu papel, está o Ministério Público do Trabalho (MPT), que, em caráter judicial e administrativo, vem desempenhando providências para o crescimento sustentável e para a efetivação das normas legais e constitucionais, a fim de auxiliar no cumprimento dos objetivos da Agenda 2030 da ONU e da efetivação do princípio da fraternidade.

Palavras-chave: Agenda 2030; sustentabilidade; princípio da fraternidade; Ministério Público do Trabalho.

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações acerca da Agenda 2030 da ONU. 3 Princípio da fraternidade. 4 Engajamento do Ministério Público do Trabalho para a concretização dos objetivos da Agenda 2030 da ONU e do princípio da fraternidade. 5 Considerações finais.

1 Introdução

A Organização das Nações Unidas (ONU), diante da degradação ambiental e de problemas concernentes à desigualdade social, à discriminação, à má distribuição de renda, entre outros tão graves quanto, e considerando seu fim organizacional da busca pela paz mundial, no ano de 2015 elaborou a denominada Agenda 2030, visando à sustentabilidade e ao bem-estar de todos.

Os países que integram tal organismo internacional encontram-se vinculados ao compromisso de dar vazão aos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), constantes da referida Agenda. Para tanto, considerando-se a magnitude do que proposto e a relevância do tema, imprescindíveis a colaboração, a assistência de todos.

O princípio da fraternidade, nesse sentido, vem coroar a união dos povos, possibilitar a realização efetiva do que proposto, diante do seu intuito harmonizador de interesses e diversos pontos de vista.

Assim, em cumprimento aos preceitos constitucionais e legais, o Ministério Público do Trabalho (MPT) vem desempenhando seu papel na luta pela sustentabilidade do planeta e pelo cumprimento dos ODS, seja na esfera administrativa, por meio de diversas providências internas e externas, seja na esfera judicial, a partir do empenho como órgão agente ou interveniente na tutela dos direitos da classe trabalhadora, na esteira do princípio da fraternidade, conforme se verá adiante.

2 Considerações acerca da Agenda 2030 da ONU

A Organização das Nações Unidas (ONU) é uma organização internacional que visa à paz entre os povos. Composta por diversos países, os quais a integram de maneira voluntária, dentre eles o Brasil, possui vários objetivos e metas, com vistas a atingir seu propósito.

A busca pela paz mundial se faz necessária diante de vários fatores, como a desigualdade que permeia a humanidade, o desmatamento, o mau uso dos recursos naturais, que comprometem o bem-estar das presentes e futuras gerações, necessitando-se de um olhar voltado à sustentabilidade.

E, na mira pela concretização, no ano de 2015, foi elaborada a chamada Agenda 2030, da ONU, englobando um conjunto de instruções, procedimentos e ações a orientar o desenvolvimento do trabalho pelas Nações Unidas, bem como pelos países que a integram com vistas ao desenvolvimento sustentável. A Agenda conta com 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), também conhecidos como Objetivos Globais, e 169 metas correspondentes, tendo a proposta para implementação iniciado em 2016, com prazo de conclusão para o ano de 2030.

Em breve enfoque, os 17 ODS (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2022) resumem-se em:

1. Erradicar a pobreza;
2. Erradicar a fome;
3. Saúde de qualidade;
4. Educação de qualidade;
5. Igualdade de gênero;
6. Água potável e saneamento;
7. Energias renováveis e acessíveis;
8. Trabalho digno e crescimento econômico;
9. Indústria, inovação e infraestruturas;
10. Reduzir as desigualdades;
11. Cidades e comunidades sustentáveis;
12. Consumo e produção responsáveis;
13. Ação contra a mudança global do clima;
14. Vida na água;
15. Vida terrestre;
16. Paz, justiça e instituições eficazes; e
17. Parcerias e meios de implementação.

Para facilitar a compreensão, as Nações Unidas adotaram o enfoque dos cinco "Ps", que seriam as cinco esferas de importância crítica para o planeta e a humanidade: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parcerias (CLIMA EM CURSO, 2020, p. 8).

As metas, por sua vez, relacionam-se com os citados objetivos, esmiuçando-os, conferindo o norte para torná-los executáveis, torná-los possíveis de se materializar.

Considerando-se que o presente artigo dará enfoque à atuação do Ministério Público do Trabalho, serão abordadas a seguir algumas das metas que podem e estão sendo buscadas por essa instituição pública.

Nesse sentido, para a concretização do Objetivo n. 5 acima descrito, as nações engajadas necessitam, além de outras medidas, envidar esforços para acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas; e eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e a exploração sexual e de outros tipos. Já no caso dos objetivos n. 7 e n. 12, precisam, até 2030, dobrar a taxa global de melhoria da eficiência energética, alcançar a gestão sustentável e o uso eficiente dos recursos naturais, assim como reduzir, substancialmente, a geração de resíduos por meio de prevenção, redução, reciclagem e reúso, entre outras providências. Quanto ao Objetivo n. 8 de se buscar o trabalho digno e crescimento econômico, além de várias outras medidas, devem os países, até 2030, alcançar o emprego pleno e produtivo e o trabalho decente para todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência, e a remuneração igual para trabalho de igual valor. No tocante à concretização do Objetivo n. 16, entre várias metas está acabar com o abuso, a exploração, o tráfico e todas as formas de violência e tortura contra crianças; bem como desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis. Em relação ao Objetivo n. 17, como uma das metas está incentivar e promover parcerias públicas, público-privadas e com a sociedade civil eficazes, a partir da experiência das estratégias de mobilização de recursos dessas parcerias (CLIMA EM CURSO, 2020, p. 15, 17, 18, 23, 24, 30 e 34).

Portanto, a partir de uma breve análise dos ODS, bem como de suas metas, o desenvolvimento sustentável perpassa não somente pelo

cuidado com a natureza propriamente dita, providência importantíssima, mas ainda pela adoção de várias outras medidas necessárias para a equidade entre os povos e a vivência digna de todos os seres humanos, a partir do cuidado amplo dos países e de suas populações, a fim de se propiciar a continuidade das espécies e de um futuro sustentável.

Nas palavras de Parra (2020, p. 55):

Fica claro, portanto, que a Agenda 2030 é uma resposta ou, em outras palavras, é uma proposta (necessária) de adequação sustentável aos negativos efeitos surgidos com a evolução econômica global. Seus objetivos e metas devem ser incorporados em cooperação pública e privada, e não apenas por um ou dois setores de produção.

Corroborando com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), tem-se o Pacto Global das Nações Unidas, que incorpora diretrizes para encorajar empresas a adotarem políticas de responsabilidade social corporativa e de sustentabilidade.

Seguindo tal raciocínio, há necessidade de se colocar em prática providências para facilitar o cumprimento dos ODS, a partir de medidas criadas pelos organismos internacionais que contribuem ou contribuirão para a sua concretização, a exemplo do citado Pacto Global, assim como atitudes envidadas pelos próprios países, unilateralmente.

Trata-se, pois, da evidente necessidade de fraternidade entre os povos, entre os seres humanos.

Sobre o assunto, adiante ver-se-ão maiores considerações.

3 Princípio da fraternidade

Para abordar o tema, inicialmente, faz-se relevante conceituar o princípio da fraternidade e o seu surgimento.

Assim, de acordo com Carvalho (2021), trata-se o referido princípio daquele que tem como foco buscar o meio-termo entre os direitos individuais e os direitos coletivos, ensejando uma integração entre o eu e o outro. E mais, autoriza que enxerguemos deveres ao lado de direitos individuais, permitindo-se a harmonização de diferentes pontos de vista em uma sociedade plural e solidária.

Seu conceito atualmente se encontra estampado, inclusive, em decisões judiciais, a exemplo do acórdão proferido nos autos do *Habeas Corpus* n. 74.123-RS, em voto da lavra do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, demonstrando-se a importância da sua aplicação. Veja-se:

[...]

2. O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade.

3. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º).^[4]

Difere do direito de solidariedade, como explica Antonio Maria Baggio (2008, p. 23 *apud* BARZOTTO; OLIVEIRA, 2018, p. 145), uma vez que a solidariedade permite que se faça o bem ao outro mesmo em uma relação chamada "vertical", ou seja, do mais forte para o mais fraco. Já a fraternidade encontra-se no âmbito das relações de trato horizontal, em que há divisão dos bens de poderes, ajuda mútua entre diferentes sujeitos, sejam eles pertencentes ao âmbito social ou em nível da paridade institucional.

Aprofundando-se no assunto, Barzotto e Oliveira (2018, p. 146) destacam que a solidariedade não garante suficientemente os direitos sociais fundamentais do trabalhador, como exemplo, pois "dotada de forma a manter a centralidade da posição dos Estados na concretização dos direitos fundamentais, como agente de promoção social, diminuindo a importância da participação do cidadão [...]".

Portanto, o alcance da fraternidade é mais amplo, mais completo, diante de suas características peculiares.

E a categoria jurídica da fraternidade, alçada como um princípio, segundo Antonio Baggio (2008, p. 7-8 *apud* RESENDE, 2020, p. 65),

[...] foi reconhecida, interpretada e praticada politicamente pela primeira vez na Idade Moderna com a Revolução Industrial Francesa de 1789, encravada na trilogia da “liberdade, igualdade e fraternidade”, ou seja, com o movimento social-revolucionário francês do final do século XVIII a fraternidade passa a ter uma dimensão política, mas que, em seguida, desaparece da cena pública e cai no esquecimento.

No entanto, com revoluções e, especialmente, a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, as normas supremas dos Estados passaram a novamente consagrar o valor do bem-estar social, da dignidade e, assim, também da fraternidade. Paulo Ferreira da Cunha (2017, p. 39 *apud* RESENDE, 2020, p. 65) traz como exemplo a Constituição espanhola de 1978, que consagrou expressa e formalmente os valores da liberdade, igualdade e justiça, que se encaminham para a fraternidade.

Nessa toada seguiu a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que contemplou em seu bojo o valor dos direitos humanos e a busca por uma sociedade fraterna. Já no Preâmbulo, afirma que são valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos no Estado Democrático a garantia do exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Mas não encerra por aí. Em vários dispositivos da Constituição Federal vigente, o princípio referido encontra-se contemplado, diante de sua finalidade, a exemplo do art. 3º, IV, por meio do qual há a expressa disposição de que, além de outros, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer ordem; assim como do art. 6º, constante do Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, em que são assegurados os direitos sociais de acesso a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, além de assistência aos desamparados.

Isso porque “o ser humano não deve ser visto apenas como um ser que existe, mas deve ser visto essencialmente como um ser que vive em sociedade” (CRUZ; POZZOLI, 2010, p. 5548). Esse, definitivamente, precisa ser o pensamento de todos, deixando-se de lado o autointeresse que rege muitas relações.

Portanto, em retrospecto ao que foi analisado no primeiro tópico, os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU estão em sintonia com o princípio da fraternidade.

Busca-se a consagração dos direitos humanos, da vida humana digna, sem discriminações e desigualdades. Conforme pontuam Pozzoli, Cachichi e Siqueira (2020, p. 399), “[p]or meio da fraternidade, portanto, é que a Agenda 2030 poderá encontrar a sua efetividade”.

Isso porque um dos caminhos para a sua efetivação é o humanismo integral, conforme sustentado por Jacques Maritain, responsável pela construção do projeto de Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, citado por Pozzoli, Cachichi e Siqueira (2020, p. 402), o qual, na visão da autora deste artigo, está umbilicalmente ligado ao princípio da fraternidade, uma vez que este pressupõe a integração entre todos, a cooperação horizontal, a harmonização dos diferentes pontos de vista.

Como se verá adiante, o cuidado com o outro de forma macro cabe a todos, pessoas físicas e jurídicas, da rede pública ou privada, seja no respeito ao meio ambiente para as presentes e futuras gerações, seja agindo de acordo com as normas legais vigentes, seja na adoção de parcerias, para a busca pela concretização dos ODS; até porque as consequências da irresponsabilidade repercutem sobre todos, mas especialmente sobre os mais fracos.

Conforme sustenta Milaré (2007, p. 128), “[...] o preço dos erros e desses pecados públicos, o pesado tributo social da degradação do meio ambiente, será pago pelos mais fracos e pela própria natureza”.

Assim, com base na disseminação das obrigações, da cooperação, parte-se para o coletivo, deixando de lado os interesses individuais. Tais vínculos de fraternidade passam a implementar os direitos, e, ainda, a carga da consolidação dos direitos humanos passa a ser dividida, não recaindo apenas sobre os ombros do Estado (BARZOTTO; MARTINS; CORREIA, 2016, p. 63).

Nessa linha da responsabilidade de todos, mas também do Poder Público, vem atuando o Ministério Público do Trabalho para a concretização dos Objetivos da Agenda 2030 da ONU, conforme se verá a seguir.

4 Engajamento do Ministério Público do Trabalho para a concretização dos objetivos da Agenda 2030 da ONU e do princípio da fraternidade

Feitas as considerações anteriores, necessárias para o desenrolar deste tópico, faz-se pertinente ressaltar que o Ministério Público do Trabalho (MPT) encontra-se engajado na busca pela efetivação dos Objetivos da Agenda 2030 da ONU, seja na esfera administrativa, seja na judicial, inclusive pautando-se no substancial princípio da fraternidade.

Isso porque, além das razões até aqui expostas sobre a necessidade de participação do Poder Público para tanto, incumbe ao MPT, conforme o art. 129, III, da Constituição Federal, entre outras atribuições, promover o inquérito civil e a ação civil pública (ACP) para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.^[2]

No aspecto trabalhista, a par de outros dispositivos constitucionais que vão ao encontro dos ODS da ONU, o art. 7º, XXII, da Carta Magna, por exemplo, assegura ser direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho. O art. 170, por sua vez, fundamenta a ordem econômica na “valorização do trabalho humano”.

Nessa linha vem o *Parquet* laboral se empenhando para a concretização de tais objetivos. A criação de diversas Coordenadorias Temáticas reforçou uma atuação concentrada em situações mais prementes, graves e que não podem ser toleradas pelo ordenamento jurídico.

A Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente (Coordinfância) possui como uma de suas prioridades a erradicação da exploração de crianças e adolescentes, fato ainda muito presente no cenário brasileiro e mundial e que está inserido no ODS n. 16 da Agenda 2030.

Já a Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (Conaete) integra as Procuradorias Regionais do Trabalho em plano nacional, uniforme e coordenado, para a erradicação do trabalho escravo, fomentando a troca de experiências e discussões sobre o tema, bem como a atuação ágil onde necessária se faça a presença

do Ministério Público do Trabalho, colaborando o órgão, dessa forma, para a concretização do ODS n. 8, na busca pelo trabalho digno.

Nesse ritmo também se encontra a Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades (Coordigualdade), a fim de definir estratégias coordenadas e integradas de política de atuação institucional no combate à exclusão social e à discriminação no trabalho, com atuação, principalmente, em três eixos temáticos: combate à discriminação a trabalhadores, inclusão nos ambientes de trabalho da pessoa com deficiência ou reabilitada e proteção da intimidade dos trabalhadores. Portanto, na esteira dos ODS n. 5 e n. 10 da Agenda 2030.

Para o trato do tema "meio ambiente de trabalho" vige a Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho (Codemat), com vistas a um meio ambiente do trabalho seguro e saudável e à redução dos riscos por intermédio de normas de saúde, higiene e segurança asseguradas na Constituição Federal e demais normas vigentes no ordenamento jurídico, em linha com os ODS n. 8 e n. 16.

Entre outras importantes Coordenadorias, vale ressaltar a Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (Conafret), com foco no combate às fraudes por meio de cooperativas intermediadoras de mão de obra, terceirizações ilegais, "sociedades" de empregados e demais "criações" que tenham como intento prejudicar os trabalhadores e eliminar os seus direitos fundamentais, o que ainda se faz presente em larga escala e está inserido nos ODS n. 8 e n. 16 da Agenda 2030.

Em sede judicial, vem o Ministério Público do Trabalho empenhando-se na tutela dos direitos da classe trabalhadora, na busca pelo cumprimento da legislação, bem como de uma vida humana digna, na esteira dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU e do que sustenta o princípio da fraternidade.

Nessa linha, cita-se como exemplo a Ação Civil Pública n. 010311-78.2016.5.09.0013,^[3] que tramitou perante a 13ª Vara do Trabalho de Curitiba-PR, em que em petição inicial e expressamente, reforçando as demais normas jurídicas mencionadas na peça processual, afirma o órgão que os pedidos também se sustentam no valoroso princípio da fraternidade, consagrado na Constituição Federal de 1988, quando

dispõe sobre a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade justa e solidária com a promoção do bem de todos, erradicando-se a pobreza e banindo toda forma de opressão.

Nas peças iniciais das Ações Civis Públicas n. 0000265-67.2021.5.05.0271^[4] e n. 0010648-72.2021.5.18.0003,^[5] aquela em trâmite perante a Vara do Trabalho de Euclides da Cunha-BA e esta perante a 3ª Vara do Trabalho de Goiânia-GO, o MPT, por sua vez, trazendo à tona os direitos humanos, também referencia a fraternidade ao ressaltar o Artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A colaboração do órgão ministerial trabalhista perpassa a esfera de órgão agente. Também se espraia na atuação como *custos legis*, quando, por exemplo, da emissão de pareceres.

O engajamento do MPT, portanto, além de existente, se apresenta pertinente e necessário, pois, como resalta Richter (2018, p. 354),

[n]ão basta [...] uma resposta simplista às agressões, como o simples pagamento de multas. É preciso a aplicabilidade de uma nova postura e a tentativa de responsabilizar e ao mesmo tempo conscientizar o agressor, para que o conflito seja efetivamente resolvido.

Mas, para além da atuação judicial, o órgão ainda busca a efetivação dos Objetivos da Agenda 2030 da ONU na esfera administrativa.

Nesse enfoque, o Ministério Público do Trabalho criou o Programa MPT Socioambiental, o qual considera que a implementação de critérios ambientais nas atividades administrativas e operacionais das instituições públicas se traduz num marco de melhoria contínua pela busca do consumo racional dos recursos naturais, repercutindo na defesa do meio ambiente.

Isso porque o desempenho das atribuições dos órgãos públicos, assim como do MPT, influencia em mudanças nas rotinas do serviço público, implicando a gestão socioambiental na necessidade de atuação multidisciplinar que se traduz em ações de sensibilização socioambiental dos membros, servidores, estagiários e prestadores de serviços do Ministério Público do Trabalho, bem como na inserção de tal preocupação nos procedimentos cotidianos do órgão.

O programa referido, conforme a Portaria n. 531/2014 do procurador-geral do Trabalho, contém, entre outras, as seguintes diretrizes básicas: promover a conscientização sobre a questão socioambiental e a qualidade de vida no ambiente de trabalho, divulgando experiências e ações positivas relacionadas ao tema; desenvolver uma cultura anti-desperdício e de utilização coerente dos recursos naturais e do patrimônio público; sugerir critérios de sustentabilidade socioambiental nos processos de manutenção e de construção dos prédios públicos; implementar a gestão adequada de resíduos, viabilizando a implantação da coleta seletiva solidária e do reaproveitamento de material reciclável; e estabelecer parcerias com organizações públicas e privadas que sejam comprometidas com o exercício da cidadania, da inclusão social e da preservação socioambiental.

Para sua execução, foram instituídas em âmbito administrativo a Secretaria de Gestão Socioambiental bem como Comissões Regionais, compostas por integrantes das Procuradorias Regionais do Trabalho, as quais a partir do monitoramento das ações socioambientais do MPT e da aplicação de ideias práticas, seja de economia de energia elétrica, água, descartáveis e papel; seja de adoção de outras medidas proativas, como a celebração de convênios com cooperativas ou associações legalmente estabelecidas para o correto descarte de produtos recicláveis, vêm empenhando-se na concretização de um meio ambiente melhor, mais saudável e que proporcione qualidade de vida aos seres humanos, na esteira do que pontua a Agenda 2030 da ONU.

Especificamente no tocante ao ODS n. 17, sobre parcerias e meios de implementação, cabe ponderar o ingresso do Ministério Público do Trabalho no rol dos órgãos públicos que integram a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), que visa à formulação de políticas públicas e soluções voltadas ao combate aos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, por meio de ações elaboradas e pactuadas anualmente pelos membros.

Atuando ativamente pelo cumprimento dos ODS n. 3, 8, 16 e 17, o MPT, inclusive, apresentou proposta à Enccla de ação visando elaborar diagnóstico e propor medidas com o intuito de fortalecer o combate às fraudes nos contratos de gestão da saúde pública, tendo a Ação n. 3/2018 sido aprovada pela XV Reunião Plenária da Enccla,

considerando-se a importância do tema e a necessidade de adoção de providências. Após, foi elaborado um diagnóstico sobre o tema, levantando-se os principais elementos do *design* dos contratos de gestão da saúde que abrem espaço para a ocorrência de fraudes e ilícitos e a ocorrência de improbidade e corrupção.

Ainda, a par de outras várias providências, engajou-se com outros órgãos públicos na busca pela sustentabilidade do planeta.

Um desses engajamentos se deu na integração ao Grupo Interinstitucional de Cooperação Socioambiental (Gisa) pela Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região, juntamente com outras 17 instituições, as quais, unidas, têm o propósito de promover a conscientização ambiental da comunidade e do seu público interno, a prática sustentável por meio do compartilhamento de boas práticas, além de estimular e socializar projetos voltados às ações socioambientais.

Como exemplo de providência adotada pelo Gisa, a partir da colaboração de seus integrantes, está a confecção da chamada “Carta Aberta para o Futuro de Porto Alegre”,^[6] cujo foco, justamente, foi colaborar com a disseminação da Agenda 2030 da ONU e dos seus 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

Na mesma linha foi firmado termo de cooperação técnica^[7] entre a Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região e outros órgãos do Estado de Minas Gerais, no ano de 2017, com vistas a estabelecer uma cooperação entre os partícipes para o intercâmbio de experiências e informações, mediante a implementação de ações conjuntas e de apoio mútuo, para a implementação de programas e ações interinstitucionais, também de responsabilidade socioambiental.

Em 2019, exemplificando ato decorrente do referido termo de cooperação técnica, foi possível um resultado concreto no eixo da racionalização e da redução de custos, a partir de um projeto-piloto de compra compartilhada gerenciada pelo Ministério Público Federal. Dessa forma, foi possível a aquisição de vários itens para o bom desenvolvimento dos serviços públicos, mas a menor custo, repercutindo positivamente nos gastos da sociedade e permitindo o fluxo de informações e maior robustez às ações integradas.

A realização de Acordo de Cooperação para Combate ao Trabalho Infantil no Estado do Rio de Janeiro,^[8] abrangendo a Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região e outras entidades e instituições públicas e privadas, também ressalta as boas intenções do MPT. No caso em apreço, o objetivo da cooperação é estabelecer condições e parâmetros para a realização conjunta de projetos e ações de mútuo interesse dos participantes no desenvolvimento de atividades educativas, de sensibilização da sociedade civil organizada e de formação e capacitação de agentes para atuarem na implementação de planos de trabalho e ações determinadas à erradicação do trabalho infantil, bem como de todas as formas de exploração do trabalho que firam a dignidade humana; além de realizar atividades de estímulo à aprendizagem e de promoção do exercício da cidadania, em consonância com os ODS n. 4, 8, 16 e 17.

Mais recentemente, em 24 de maio de 2021, foi assinado o Acordo de Cooperação Técnica Interinstitucional n. 1/2021 entre a Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e a empresa Vale S.A., com o objetivo de promover um espaço de diálogo entre as partes envolvidas, com vistas à prevenção de litígios e à desjudicialização. Com isso, pretende-se contribuir para um meio ambiente de trabalho mais seguro, conforme previsto no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 8 da Agenda 2030 da ONU,^[9] e, bem assim, demonstrar que a cooperação para o atingimento dos já citados ODS precisa e deve ocorrer entre todos, inclusive setor público e privado.

Portanto, em atendimento aos preceitos constitucionais, aí consagrado o princípio da fraternidade, encontra-se o Ministério Público do Trabalho cumprindo o papel para o qual foi incumbido pelo art. 127, *caput*, da Carta Suprema de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; e, por consequência, colaborando na concretização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), e das metas correspondentes, da Organização das Nações Unidas.

5 Considerações finais

A Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas (ONU), apresenta-se como um documento de extrema relevância para a comunidade

mundial, seja porque orienta o desenvolvimento de vários países que a integram; seja pela fixação de prazo para cumprimento, oferecendo um norte muitas vezes necessário para a consecução de obrigações; seja, principalmente, pelos seus fins, como lutar contra a desigualdade que permeia a humanidade, o desmatamento, o mau uso dos recursos naturais, que compromete o bem-estar das presentes e futuras gerações, o trabalho improdutivo e degradante, além de tantos outros males.

Para a concretização dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e das 169 metas correspondentes, o princípio da fraternidade se apresenta como mola propulsora, uma vez que este pressupõe a integração entre todos, a cooperação horizontal e a harmonização dos diferentes pontos de vista.

Tal integração necessita ocorrer entre todos, pessoas físicas e jurídicas, do setor público e privado.

Nessa toada, o Ministério Público do Trabalho, integrante dessa responsabilidade, encontra-se em plena atuação na busca por um mundo mais sustentável, seja na esfera administrativa, através da criação de diversas Coordenadorias Temáticas que reforçam uma atuação concentrada em situações mais prementes, graves e que não podem ser toleradas pelo ordenamento jurídico; seja na criação de uma secretaria específica de Gestão Socioambiental, além de outras providências; seja na esfera judicial, a partir do empenho como órgão agente ou interveniente na tutela dos direitos da classe trabalhadora, na busca pelo cumprimento da legislação, bem como de uma vida humana digna, na esteira dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU e do que sustenta o princípio da fraternidade.

O MPT também realiza interface com outros órgãos, na busca pelo cumprimento da Agenda 2030, respeitada a independência das instituições. Isso porque, quando conseguem andar em sintonia, representam um ganho para a sociedade, repercutindo, pois, em uma relação de fraternidade e de pertencimento recíproco.

Nessa linha, passou o MPT a integrar o Grupo Interinstitucional de Cooperação Socioambiental (Gisa), além de outros que têm por objetivo a sustentabilidade, com vistas à efetivação do desenvolvimento sustentável e à consagração do princípio da fraternidade.

Referências

- BARZOTTO, L. C.; MARTINS, R. D.; CORREIA, C. S. Fraternidade e justiça social: imigração na Constituição Brasileira de 88 e na Convenção 143 da OIT. **Revista da Associação dos Magistrados Mineiros**, Belo Horizonte, ano VIII, n. 14, v. II, jul./dez. 2016.
- BARZOTTO, L. C.; OLIVEIRA, O. M. B. A. OIT: solidariedade e fraternidade na proteção aos direitos humanos dos trabalhadores. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 39, p. 141-156, 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/84689/51648>. Acesso em: 3 mar. 2022.
- CARVALHAL, Ana Paula. O princípio da fraternidade e a jurisprudência da crise na pandemia. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/observatorio-constitucional-principio-fraternidade-jurisprudencia-crise-pandemia>. Acesso em: 11 mar. 2022.
- CLIMA EM CURSO. **Agenda 2030**: os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) e suas metas. [S. l.]: Clima em Curso, 2020. Disponível em: <https://gallery.mailchimp.com/9cba688f1819b5a9314718629/files/c5c51e10-eb77-459a-aacb-8b12dcf1fd04/ODS.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2022.
- CRUZ, A. A. F.; POZZOLI, L. Princípio constitucional da dignidade humana e o direito fraterno. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais** [...]. Fortaleza: CONPEDI, 2010. p. 5544-5553. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3456.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. **ONU**, [s. l., 2022]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 30 nov. 2021.
- PARRA, Rafaela Aiex. **Agronegócio, sustentabilidade e a Agenda 2030**: a relação entre economia verde, Código Florestal e Poder Judiciário. Londrina, PR: Thoth, 2020.
- POZZOLI, L.; CACHICHI, R. C. D.; SIQUEIRA, Gilmar. **Pandemia e fraternidade**: a resposta comunitária oferecida pela Agenda da ONU 2030 – Uma agenda para o século XXI. Caruaru, PE: Asces, 2020. Disponível em: <http://>

repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/2601/3/978-65-88213-03-2%20%20400-411.pdf. Acesso em: 11 mar. 2022.

RESENDE, Augusto César Leite de. O direito pode obrigar alguém a ser fraterno? A sanção como instrumento de efetividade do princípio da fraternidade. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; POZZOLI, Lafayette (org.). **Pandemia, direito e fraternidade: um mundo novo nascerá**. Caruaru, PE: Asc-es-Unita, 2020. p. 64-78. *E-book*.

RICHTER, Daniela. A fraternidade e o novo olhar sobre a sustentabilidade: o protagonismo de crianças e adolescentes que processam o governo dos EUA pelas mudanças climáticas. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 27., 2018, Porto Alegre. **Anais** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2018. p. 349-369. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/4231mlz8/b9j81fT9ZW4uStvo.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2022.

Notas

- [1] Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1555503&num_registro=201602021631&data=20161125&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 4 mar. 2022.
- [2] “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
[...]
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...].”
- [3] Processo disponível para consulta em: <https://www.trt9.jus.br/portal/>.
- [4] Processo disponível para consulta em: <https://www.trt5.jus.br/>.
- [5] Processo disponível para consulta em: <http://www.trt18.jus.br/portal/>.
- [6] Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/339766>. Acesso em: 11 mar. 2022.
- [7] Disponível em: https://www.tre-mg.jus.br/transparencia-e-prestacao-de-contas/plano-de-logistica-sustentavel-1/pasta-de-arquivos/tre-mg-termo-de-cooperacao-tecnica-rede-sustenta-minas/rybena_pdf?file=https://www.tre-mg.jus.br/transparencia-e-prestacao-de-contas/plano-de-logistica-sustentavel-1/pasta-de-arquivos/tre-mg-termo-de-cooperacao-tecnica-rede-sustenta-minas/at_download/file. Acesso em: 11 mar. 2022.
- [8] Disponível em: <https://www.amatra1.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Acordo-de-Cooperacao-A7C3A3o-13-07-2016.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2022.
- [9] Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-institucionais/trt-mg-e-mpt-celebram-acordo-de-cooperacao-tecnica-com-a-vale-s-a>. Acesso em: 11 mar. 2022.

A exploração sexual de crianças e adolescentes: responsabilização na esfera trabalhista pela prática de trabalho infantil^[1]

Luciana Marques Coutinho

Procuradora do Trabalho. Gerente Nacional do Projeto Políticas da Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente (Coordinfância). Graduada em Direito.

Virgínia de Azevedo Neves

Procuradora do Trabalho. Mestra em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista Docente em Direito Processual Civil pela Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF).

Resumo: O artigo aborda a exploração sexual de crianças e adolescentes; a caracterização dessa violação de direitos como uma das piores formas de trabalho infantil; a natureza da relação jurídica constituída entre as vítimas e seus exploradores; e a responsabilização na esfera trabalhista através da atuação do Ministério Público do Trabalho para integral reparação do ilícito.

Palavras-chave: exploração sexual infantojuvenil; trabalho infantil; repercussões trabalhistas.

Sumário: 1 Introdução. 2 Exploração sexual de crianças e adolescentes. Ilícito penal e trabalhista. 3 A relação jurídica de trabalho existente entre o(a) explorador(a) e a vítima. Consequências. 4 Conclusão.

1 Introdução

A exploração sexual de crianças e adolescentes submete as vítimas a diversas consequências danosas, especialmente agravos psicossociais e sociais, que deixam marcas indelévels em suas vidas.

Trata-se de prática criminosa, bárbara e talvez a forma mais violenta de trabalho infantil.

De fato, o art. 3º, alínea b, da Convenção n. 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)^[2] configura a exploração sexual de crianças e de adolescentes com fins comerciais, assim considerada “utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas”, como uma das piores formas de trabalho infantil (BRASIL, 2019).

O trabalho infantil, em regra, é conceituado como realização de uma atividade exercida por criança ou adolescente, antes da idade e/ou fora das condições legalmente permitidas. Sem importar o local onde é prestado, será trabalho infantil aquele realizado em ambientes urbanos, rurais, domésticos ou em logradouros públicos, sendo os estabelecimentos formalmente constituídos ou não. Para fins de caracterização do trabalho infantil, é indiferente o tipo de labor exercido ou tempo efetivo de trabalho despendido, podendo ser contínuo, sazonal, eventual ou episódico. O trabalho precoce pode visar à obtenção de ganho para prover o sustento próprio e/ou da família e ser desempenhado com ou sem remuneração.

Todo o exposto acima se aplica à exploração sexual infantojuvenil, sendo a mercantilização sexual a nota distintiva para categorização da exploração como trabalho. A exploração sexual que configura trabalho infantil pressupõe necessariamente uma relação de mercantilização. Assim, para se enquadrar como trabalho, a utilização sexual de pessoas com menos de 18 anos deve ser sempre fruto de uma troca de cunho financeiro, embora não necessariamente de caráter pecuniário, podendo a remuneração ou o pagamento se constituir em favores, presentes, alimentos, drogas, abrigamentos e outros, ou, simplesmente, em mera promessa de qualquer pagamento.

Embora possa causar perplexidade a caracterização das atividades vinculadas ao exercício de práticas sexuais para a satisfação da lascívia de outrem como um trabalho, é importante rememorar que, no Brasil, o(a) profissional do sexo é reconhecido(a) na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO):^[3] “CBO 5198-05 - profissional do sexo”. Sinônimos do CBO: “garota de programa”, “garoto de programa”, “meretriz”, “messalina”, “michê”, “mulher da vida”, “prostituta”, “trabalhador do

sexo”.[4] A prostituição não é ilícita quando exercida por pessoas adultas de forma espontânea e em pleno gozo de suas capacidades:

No Brasil, estar em situação de prostituição não é crime. No entanto, o seu favorecimento ou indução (art. 228, CP), a sustentação financeira por meio da prostituição alheia (rufianismo, art. 230, CP) e a manutenção de casa de prostituição são delitos, conforme legislação criminal. (DE MORAES E SILVA, 2009, p. 76).

Tem-se, assim, que a atividade desenvolvida pelos(as) profissionais do sexo adultos(as) é reconhecida como trabalho e ocupação legítima. Dessa forma, se o ordenamento jurídico brasileiro admite que as atividades desempenhadas pelos(as) profissionais do sexo são consideradas como um trabalho, o fato de a ocupação ou atividade ser exercida por criança ou adolescente não altera essa condição. Será uma espécie de trabalho cruel, degradante e aviltante, mas, ainda assim, um trabalho.

É fundamental, porém, ressaltar que, no caso de exploração sexual infantojuvenil, o termo “prostituição” não pode ser utilizado, já que não é reconhecida às crianças e aos adolescentes a capacidade de consentir ou escolher participar dessa relação:[5]

É comum que os casos de exploração sexual sejam interpretados como prostituição infantil. Apesar de facilitar a compreensão, é um termo inadequado, pois crianças e adolescentes não se prostituem, mas são explorados, uma vez que eles não possuem condições de avaliar as implicações e consequências que existem ao se envolverem nessas situações. Ao falarmos em “prostituição infantil” ou “crianças e adolescentes que se prostituem”, estamos colocando todo o peso da situação nas ações deles, quando são os adultos que têm a responsabilidade de zelar pela preservação da integridade física e emocional dessas crianças e adolescentes. Crianças e adolescentes nunca são os responsáveis pela violência que sofrem, mesmo quando não se recusam a participar da violência. O que vemos cotidianamente é que a maior parte das pessoas não enxerga esse fenômeno, seja porque já o naturalizou ou porque não distingue na vítima uma criança ou adolescente que precisa de proteção. (BRASIL, 2020, p. 14).

Portanto, a utilização e o envolvimento de crianças e adolescentes na exploração sexual em quaisquer de suas modalidades (turismo sexual, “pornografia”, tráfico ou “prostituição”) sempre configurarão violência sexual, uma vez que não decorrerão de ato voluntário de

suas vítimas. Crianças e adolescentes, pessoas ainda em formação, fragilizadas pela sua idade e condição social, jamais podem ser consideradas protagonistas e sujeitos ativos desse ilícito, mesmo porque são titulares do bem jurídico lesado.

2 Exploração sexual de crianças e adolescentes. Ilícito penal e trabalhista

Como é sabido, essa prática configura crime, podendo ser citados para enquadramento penal os artigos a seguir do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento. (Código Penal)

[...]

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente: (Redação dada pela Lei n. 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Redação dada pela Lei n. 11.829, de 2008)

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no *caput* deste artigo, ou ainda quem com esses contracenena. (Redação dada pela Lei n. 11.829, de 2008)

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime: (Redação dada pela Lei n. 11.829, de 2008)

I - no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la; (Redação dada pela Lei n. 11.829, de 2008)

II - prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou (Redação dada pela Lei n. 11.829, de 2008)

III - prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento. (BRASIL, 2008).

Ocorre que a categorização penal da conduta dos(as) exploradores(as) sexuais de crianças e adolescentes não gera dicotomia relativamente à caracterização de trabalho infantil, já que as perspectivas envolvidas, criminal e trabalhista, precisam ser igualmente consideradas. Do mesmo modo, a situação e, sobretudo, o tratamento jurídico do algoz e da vítima obviamente necessitam ser distintos.

Zéu Palmeira Sobrinho, ao discorrer sobre o combate ao trabalho infantil no tráfico de drogas, acentua com propriedade:

O trabalho infantil no tráfico é mal compreendido ao ser focado sob a perspectiva criminalizadora porque tal abordagem acaba por dissolver e negar a abordagem do fenômeno social em nome da supremacia do fenômeno jurídico-criminal. O trabalho sob a perspectiva sociológica é um fato, uma realidade incontestada, a despeito da forma que ele é tratado pelo direito, pela moral, pela religião etc. É nessa trilha que o trabalho é considerado toda atividade humana, tendencialmente onerosa, que envolve o dispêndio da energia humana e é reputada como meio de subsistência.

O trabalho envolve *in concreto* uma relação que, em regra, não se esvazia pelo simples fato de ser um ato que enseja a reprovabilidade moral. Um ser humano, seja ele adulto ou criança, não perde sua condição de trabalhador alienado se o que produz para outrem, de forma

eventual ou contínua, é o meio para prover a sua subsistência. É nessa perspectiva que o Direito do Trabalho, sob a influência da sociologia e do realismo jurídico, adota os princípios da primazia da realidade e da irretroatividade das nulidades absolutas. (SOBRINHO, 2020, p. 574).

A despeito de o texto acima se referir ao trabalho infantil no tráfico de drogas, outra pior forma de trabalho infantil nos termos da Convenção n. 182 da OIT, o raciocínio desenvolvido pelo autor se aplica perfeitamente à exploração sexual infantojuvenil.

Ainda que a conduta do(a) explorador(a) seja considerada crime (no caso do tráfico, até a prática da própria vítima é enquadrada como análoga a um crime ou ato infracional), persiste a ocorrência de um trabalho resultado da exploração de criança ou adolescente, e é o quanto basta para haver repercussões na esfera trabalhista.

A submissão de crianças e adolescentes à objetificação sexual comercial é ignomínia que demanda a mais ampla reparação, não podendo ser excluída nenhuma esfera ou dimensão do dano ocasionado. Ao se configurar uma relação de trabalho, a exploração sexual infantojuvenil não será passível apenas de penalização criminal, mas também sujeita à responsabilização trabalhista.

Desse modo, a ilicitude das práticas e a capitulação penal não afastam a caracterização de exploração do trabalho de crianças e adolescentes para todos os fins trabalhistas. Do contrário, haveria uma penalização da própria vítima, alijada da reparação integral devida em razão da exploração ilícita e abominável de sua dignidade e da violação dos seus direitos fundamentais. Ademais, haveria uma recompensa ou benefício para o(a) explorador(a), que ficaria parcialmente impune, já que não responderia adequada e integralmente pelos delitos e pela violência praticada contra pessoas em desenvolvimento.

3 A relação jurídica de trabalho existente entre o(a) explorador(a) e a vítima. Consequências

Uma vez configurado o trabalho infantil, resta definir a relação jurídica existente entre as pessoas que exploram e as crianças e os(as) adolescentes vítimas da exploração.

O trabalho prestado em benefício de outrem constitui uma relação social afetada e regulada pelo Direito: a relação de trabalho, ou seja, um vínculo no qual uma pessoa natural executa tarefa, atividade, obra ou serviço para outrem, pessoa natural ou jurídica, mediante ou com expectativa de retribuição.

Em regra, as crianças e os(as) adolescentes, vítimas do trabalho infantil, são envolvidos(as) na exploração sexual por ação de terceiros que podem ser seus responsáveis legais (pais, mães, parentes, cuidadores etc.), outros(as) intermediários(as) que aliciam, agenciam, favorecem ou são coniventes com a exploração ou, ainda, indivíduos que também se beneficiam dessa conduta de alguma forma, como, por exemplo, comercializando ou reproduzindo produtos advindos da exploração (tais como fotos, imagens, vídeos etc.).

Ainda que as práticas sexuais ocorram sem a intervenção de terceiros, a pessoa que se utiliza de criança e adolescente com fim de "comércio",^[6] visando à satisfação do prazer sexual pessoal, é considerada igualmente exploradora.

A relação de trabalho (exploração do trabalho) se forma, por conseguinte, entre a vítima e os(as) seus(suas) exploradores(as) diretos e/ou indiretos, passíveis de responsabilização cível, penal e trabalhista, variando apenas o grau e a intensidade dessa responsabilidade conforme o caso concreto.

Diante da constatação de uma relação de trabalho, é preciso verificar quais serão as consequências trabalhistas decorrentes. É sabido que a relação de trabalho se distingue da relação de emprego. A primeira é gênero da qual a segunda é uma de suas espécies.

Para que se configure a relação de trabalho *lato sensu*, bastará o exercício do labor em benefício de outrem para se estabelecer uma relação entre aquele(a) que aproveita e quem presta o trabalho. Essa relação de trabalho *lato sensu*, não empregatícia, pode ser de trabalho autônomo, representação comercial, empreitada, trabalho avulso, trabalho eventual e outras consoante as características específicas da prestação laboral.

Já na relação de emprego ou vínculo empregatício, exige-se a presença obrigatória de requisitos específicos, nos termos dos arts. 2º

e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho: onerosidade (existência de contraprestação para o trabalho prestado), pessoalidade (trabalho prestado *intuitu personae*), subordinação (dependência e direção da atividade pelo empregador) e não eventualidade (trabalho não episódico ou eventual).

A relação de trabalho *lato sensu* produz efeitos diversos da relação de emprego, mas certamente não é infensa à geração de consequências trabalhistas. É curial, inclusive, a existência de lides envolvendo trabalhadores sem vínculo empregatício e o tomador ou beneficiário dos serviços, como ocorre, por exemplo, em relação a estágio acadêmico, contrato de empreitada, trabalho avulso ou autônomo, em que se pleiteiam direitos diversos como o pagamento da prestação do serviço ou a indenização por eventual lesão ocorrida.

Por sua vez, o vínculo empregatício produz efeitos legais próprios dessa relação jurídica, como a necessidade de assinatura da carteira de trabalho e previdência social, pagamento de salário, férias, décimo terceiro, cumprimento de jornada diária e semanal de trabalho, recolhimento de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), entre outros.

Pesa em desfavor das repercussões trabalhistas da exploração sexual de crianças e de adolescentes o argumento de que o objeto da relação de trabalho é ilícito. Isso porque os elementos jurídico-formais do contrato de trabalho não se distinguem do contrato civil, previsto no art. 104 do Código Civil, ou seja, capacidade das partes contratantes, forma contratual prescrita ou não defesa em lei, licitude do objeto do contrato e manifestação da vontade das partes.

Nesse sentido, a doutrina trabalhista estabelece que o objeto do contrato de trabalho deve ser lícito como pressuposto de validade da relação jurídica empregatícia (vínculo de emprego). Nessa trilha:

Extrai-se da doutrina que o Direito do Trabalho somente confere validade ao contrato de trabalho que possua de forma absoluta a presença de um objeto lícito. Enquadrando o labor prestado num tipo legal criminal, a ordem justaltrabalhista rejeita de pronto o reconhecimento jurídico da relação socioeconômica formada, negando-lhe qualquer repercussão de caráter trabalhista. Quanto ao conceito do termo de trabalho ilícito, é aquele "que compõe um tipo legal penal ou concorre diretamente para ele", sendo, como exemplo, o caso dos

“serviços prestados a uma quadrilha de traficantes de tóxicos”. (DA SILVA, 2011, p. 21).

Consolidando esse entendimento, a Orientação Jurisprudencial n. 199 (OJ-SDI1-199) da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (TST) estabelece em razão dos vínculos de prestação laboral para o “jogo do bicho”:

OJ-SDI1-199 JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO (título alterado e inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico.^[7]

Essa posição consagrada na jurisprudência é utilizada para outras situações similares, envolvendo, inclusive, a prostituição e o trabalho no tráfico de drogas de adultos.

A análise dos julgados precedentes que fundamentaram a aprovação da orientação jurisprudencial acima transcrita no TST denota a preocupação do Poder Judiciário com a sagração de uma atividade ilícita (no caso, contravenção penal), que poderia advir de eventual decisão judicial que reconhecesse o vínculo empregatício decorrente dessa conduta. Nesse sentido, o trecho do acórdão proferido pelo TST no processo RR n. 307685, ano 1996, publicado no DJ de 16 de abril de 1999, um dos precedentes da OJ-SDI1-199:

[...] O jogo de bicho situa-se no rol das contravenções penais, capitulado no artigo 58 do Decreto-Lei 3.688/41.

Diante disso, torna-se inválido o contrato de trabalho celebrado entre as partes, ante a ilicitude do objeto, ensejando a nulidade absoluta do mesmo, atingindo inclusive a própria relação jurídica (artigo 82, do CCB).

Inexistindo relação de emprego, não há que se falar em qualquer consequência jurídica cuja apreciação caiba à Justiça do Trabalho, porquanto o reconhecimento de qualquer direito implicaria a “legalidade” de um ajuste celebrado em afronta à lei que proibiu o exercício da atividade. [...]

De outra parte, nos precedentes também se verifica a imputação da conduta criminosa às duas partes envolvidas na relação, o prestador e tomador de serviços e a provável injustiça decorrente do reconhecimento de vínculo empregatício para um trabalhador envolvido e partícipe da contravenção penal. Nesse diapasão, o precedente a seguir, ementa do acórdão proferido pelo TST no processo E-RR n. 258644, ano 1996, publicado no DJ de 17 de dezembro de 1999:

RELAÇÃO EMPREGATÍCIA - JOGO DO BICHO. Quem presta serviços em "Banca de Jogo de Bicho" exerce atividade ilícita, definida por lei como contravenção penal. Assim sendo, inexistente o contrato de trabalho em epígrafe, eis que ilícito o objeto e ilícitas as atividades do tomador e da prestadora dos serviços. Tal contratação resulta na inexistência de relação de emprego, bem como na inconsistência de qualquer pedido de natureza trabalhista. Ora, é inaceitável que o Judiciário Trabalhista avalize a prática contratual ora em tela, que se encontra em total desarmonia com os princípios legais que regem os contratos.

E, ainda, o trecho a seguir extraído do acórdão proferido no processo RR n. 403214, ano 1997, publicado no DJ de 21 de setembro de 2001, outro precedente da Orientação Jurisprudencial:

No art. 82 do Código Civil se estabelece, textualmente, que "a validade do ato jurídico requer agente capaz (artigo 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)".

In casu, foi consignado na decisão recorrida que o Reclamante exercia atividade ilícita, prevista no art. 58 do Decreto-Lei n. 3.688/41. Não há, portanto, contrato de trabalho regular, ante a ausência de requisito de validade do ato jurídico, qual seja a licitude do objeto. Em consequência, o Autor pretende o deferimento de pedido juridicamente impossível: reconhecimento de vínculo de emprego entre as partes em cujo contrato de trabalho se objetiva o exercício de atividade ilícita (art. 58 da Lei de Contravenções Penais).

Acresça-se, por demasiado, que o reconhecimento de existência de relação de emprego, na espécie, ensejaria injustiça ao trabalhador que, talvez também premido por necessidades semelhantes às do Reclamante, optou por trabalho honesto, em respeito à ordem social e jurídica. Assim, dar-lhes igual tratamento seria nivelar desiguais, o que também é forma de injustiça.

Entretanto, no caso da exploração sexual de crianças e adolescentes e para outras modalidades de trabalho infantil, os argumentos expostos acima e a posição cristalizada na OJ-SDI1-199 não podem ser usados, com todo respeito aos entendimentos contrários.

Como visto alhures, em regra, o Direito do Trabalho nega validade ao contrato de trabalho que tenha como cerne um objeto ilícito. Se o trabalho prestado se enquadra em tipo penal, não há possibilidade de caracterização de uma relação jurídica empregatícia. Porém, a doutrina reconhece que há, em tese, possibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego em algumas hipóteses. Uma delas é na ausência da ciência e consciência pelo(a) empregado(a) da ilicitude do trabalho prestado. Conforme doutrina de Alice Monteiro de Barros:

[...] para essa vertente doutrinária, o importante é que o empregado seja consciente da ilicitude do trabalho. Dentro desse raciocínio, admite-se possa o trabalhador não ter conhecimento da ilicitude de seu trabalho, como no caso de empregado que exerce suas funções em escritório com fachada de empresa imobiliária, mas que, na verdade, dedica-se ao tráfico de mulheres. Ignorando as verdadeiras finalidades da empresa, temos que não se poderá arguir nulidade em detrimento de trabalhador de boa-fé. (BARROS, 2009, p. 250 *apud* DA SILVA, 2011, p. 22).

No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado:

A regra geral de negativa plena de efeitos jurídicos ao trabalho ilícito não esmorece a pesquisa em torno de algumas possibilidades concretas de atenuação do preceito geral enunciado. Duas alternativas destoantes da regra geral têm sido apontadas pela doutrina: a primeira, consistente na situação comprovada de desconhecimento pelo trabalhador do fim ilícito a que servia a prestação laboral perpetrada. A segunda alternativa consistiria na nítida dissociação entre o labor prestado e o núcleo da atividade ilícita. Para esta tese, se os serviços prestados não estiverem diretamente entrosados com o núcleo da atividade ilícita, não serão tidos como ilícitos, para fins justralhistas (exemplo: servente em prostíbulo). A comprovação de qualquer destas duas situações alternativas poderia ensejar, segundo tais concepções, a produção de efeitos trabalhistas ao prestador de serviços envolvido. (DELGADO, 2004, p. 501 *apud* DA SILVA, 2011, p. 23).

No caso de crianças e adolescentes explorados sexualmente, as vítimas são pessoas em desenvolvimento, jungidas à atividade ilícita por

necessidade econômica ante a premência de subsistência e sobrevivência. Carentes de proteção, essas pessoas não podem sofrer as consequências advindas da prática ilícita de seus(suas) exploradores(as); afinal, quer em razão da sua idade, quer em razão da sua condição social, não possuem capacidade e discernimento suficientes para decidir sobre a venda de seus corpos a pessoas adultas em situação de supremacia de poder. Assim, os meninos e as meninas em situação de exploração sexual não são os sujeitos ativos dessa prática delituosa, mas sim vítimas das condutas ilícitas de outrem.

Negar, pela ilicitude do objeto, o reconhecimento à validade e aos efeitos dos vínculos de emprego nesses casos, quando provados todos os requisitos necessários para a configuração da relação empregatícia (onerosidade, subordinação, não eventualidade, pessoalidade), é impor pena e responsabilização às próprias vítimas da violência sexual.

Portanto, a exploração sexual de crianças e adolescentes deve ser enquadrada numa das exceções à regra geral de negação de efeitos jurídicos ao trabalho ilícito, seja porque não seria possível argumentar que a vítima tem consciência da ilicitude do trabalho, dada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, seja porque tal ilicitude não pode ser imposta à vítima, já que não é partícipe de prática delituosa.

De qualquer forma, ainda que se entenda impossível a caracterização de vínculo de emprego entre o(a) responsável/beneficiário(a) do trabalho infantil e a vítima da exploração sexual, diante do objeto ilícito da relação laboral ou porque ausente a comprovação dos requisitos legais para caracterização da relação de emprego no caso concreto, há inegavelmente uma relação de trabalho resultante da exploração do trabalho infantil, o que, por si só, gera como consequência a necessidade de responsabilização trabalhista de todos(as) aqueles(as) que concorreram para essa abominável violação de direitos.

A busca pela consolidação do trabalho decente, que não admite a exploração da mão de obra de crianças e adolescentes em nenhuma de suas formas e modalidades, é missão dos órgãos de defesa e controle da esfera trabalhista – Auditoria-Fiscal do Trabalho, Ministério Público do Trabalho e Justiça do Trabalho –, tendo a responsabilização dos(as) exploradores(as), além de proporcionar reparação às vítimas e à

sociedade, vilipendiadas pela conduta ilícita, efeito pedagógico importante para prevenir novas ocorrências dessa conduta abjeta.

Observa-se que a prática de exploração do trabalho humano e a coisificação do(a) trabalhador(a) é rechaçada com intensidade pelo ordenamento jurídico. O(a) trabalhador(a), ainda que adulto(a), não pode ser utilizado(a) como se mercadoria fosse. É por isso que práticas como a *marchandage*, que se traduz em comercialização do trabalho humano por intermediário, que contrata o(a) trabalhador(a) e vende sua mão de obra ao beneficiário final, bem como a escravidão ou as práticas análogas à escravidão são fortemente reprimidas pelo ordenamento jurídico. Essas últimas são enquadradas como crime previsto no art. 149 do Código Penal. Obviamente, nem se cogita afastar a reparação individual da vítima de escravização na esfera trabalhista em razão da categorização penal.

Aliás, dada a sujeição das vítimas a relações de poder em evidente disparidade de instrumentos de defesa, a exploração sexual de crianças e adolescentes as expõe à degradação, com submissão integral ao mando e controle do(a) explorador(a), e pode, em algumas hipóteses, configurar, até mesmo, trabalho infantil escravo. A consequência inevitável que exsurge é a necessidade de responsabilização trabalhista à altura do dano e da violação dos direitos dessas vítimas por meio de ações ajuizadas perante a Justiça do Trabalho.

Nesse sentido são os precedentes do Tribunal Regional do Trabalho da 13^a Região:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. ILÍCITO TRABALHISTA. CONFIGURAÇÃO. Verificadas as condutas ilícitas praticadas pelos réus por meio da prática de atos libidinosos e de caráter sexual contra menores, mediante pagamento em dinheiro ou produtos, resta configurada a hipótese de efetiva exploração sexual caracterizadora de relação de trabalho, merecedora de punição por esta justiça especializada. *A repressão à exploração sexual da criança e do adolescente manifesta nítido interesse social, e a sociedade não pode nem deve ficar indiferente a uma das piores formas de violência perpetradas contra estes menores, traduzindo-se, por isto, numa grave questão humana, capaz de macular toda a coletividade, gerando um dano de alcance coletivo, cuja repressão tem bases constitucionais (artigo*

5º, V e X), inclusive na proteção à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF). Recurso do parquet provido. (Grifos nossos).^[8]

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. EXPLORAÇÃO DO TRABALHO SEXUAL DE ADOLESCENTES. ILÍCITO TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Em se tratando de Ação Civil Pública que persegue a responsabilização por dano moral coletivo, em decorrência da exploração do trabalho sexual de adolescentes, a competência é da Justiça do Trabalho. Inteligência do Decreto 3.596/2000, ratificador da Convenção 183 da OIT. DANO MORAL COLETIVO. LESÃO À SOCIEDADE. PROSTITUIÇÃO INFANTIL. PROVA TESTEMUNHAL SUFICIENTE. Constatada a participação de alguns dos réus no esquema de prostituição infantil, é de ser imposta a condenação correspondente. INQUÉRITO POLICIAL. PROVA DESCOMPROMETIDA COM O CONTRADITÓRIO. DEPOIMENTO NÃO CONFIRMADO NA ESFERA JUDICIAL. No contexto da prova, o processo coletivo, que tem conteúdo objetivo, aproxima-se do penal. A teor do art. 155 do CPP, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, seja aquela advinda do inquérito policial, seja a produzida no inquérito civil público, ainda mais quando, por ocasião dos depoimentos na esfera judicial, as testemunhas deixam de confirmar as alegações outrora firmadas por ocasião da oitiva policial.^[9]

Essa última decisão foi confirmada pelo colendo Tribunal Superior do Trabalho, firmando a competência material da Justiça obreira para julgar relações de trabalho decorrentes da exploração sexual infantojuvenil:

[...] 1. EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL INFANTOJUVENIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

Os agravantes alegam que, “no caso dos autos, nem mesmo de longe se visualiza qualquer relação de trabalho”. Afirmam que “bem mais próxima das relações de consumo encontram-se as ‘relações mercantis de cunho sexual’”. Apontam violação do art. 114, I, VI e IX, da Constituição Federal.

[...]

No plano ‘concreto’, também reafirmo a competência da Justiça do Trabalho, após a instrução do feito.

O que se verificou, *data venia*, não foram relações sexuais de consumo, mas típicas e ilícitas formas de exploração do trabalho sexual infantil da mulher, em condições análogas às de escravas.

O Ministério do Trabalho e Emprego incluiu a atividade de prestação de serviços sexuais no Catálogo Brasileiro das Ocupações, definindo-a, conseqüentemente, como ocupação, sob o código 5198-05, reconhecendo, o Poder Público, a prostituição como trabalho.

Os litígios dela decorrentes, notadamente aqueles que envolvem a exploração do trabalho sexual infantil, por óbvio, atraem a competência da Justiça do Trabalho.

A Convenção da OIT - Organização Internacional do Trabalho - n. 182, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 3.597/2000, em seu artigo 3º, alínea 'b', é taxativa a respeito:

Art. 3º - Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende:

A - omissis

B - utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de material pornográfico ou espetáculos pornográficos;

Portanto, a legislação brasileira, ao incorporar a Resolução da OIT, indica como de 'trabalho', e não como de 'consumo', a exploração da prostituição infantil, o que já atrai a competência da Justiça do Trabalho, senão pelo inc. I, mas também pelo inc. IX do art. 114 da CF".

A Convenção 182 da OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo 178/99 e promulgada pelo Decreto 3597/2000, conceitua, em seu art. 3º, "b", a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição como uma das piores formas de trabalho infantil.

A referida convenção, que trata sobre direitos humanos, foi ratificada antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 – e, em decorrência, sem a observância do iter previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. Assim, ingressou no ordenamento jurídico pátrio com status de norma supralegal - hierarquia superior, inclusive, àquela ostentada pelo Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicação os agravantes postulam -, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgamento do RE 466.341-SP (DJe 05.06.2009).

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

“Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais. Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. [...] Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante ‘pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado’. Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”.

Nesse contexto, em que norma com *status* supralegal estabelece que há uma relação de trabalho na odiosa e repugnante exploração sexual infantojuvenil, é forçoso concluir pela competência desta Justiça Especializada para julgar a presente ação civil pública, em que postulado o pagamento de indenização por dano moral coletivo decorrente dessa exploração, nos moldes do art. 114, I e IX, da Constituição Federal:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

[...]

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”.

Além dessa questão relativa ao ingresso da Convenção 182 da OIT no ordenamento jurídico pátrio, destaca-se que é possível extrair da própria definição de exploração sexual comercial de crianças e adolescentes a sua natureza laboral.

Com efeito, a exploração sexual comercial infantojuvenil “refere-se ao processo de tirar proveito sexual de pessoas com menos de 18 anos. A utilização de crianças ou adolescentes como objeto sexual ocorre com uma relação de exploração de trabalho (formalizado ou não). Este é um aspecto que diferencia a exploração sexual comercial do abuso sexual, quando a relação de mercado (sexo como valor de troca) não existe” (Exploração sexual comercial de crianças e adolescentes e tráfico para os mesmos fins: contribuições para o enfrentamento a partir de experiências em Corumbá-MS. Anamaria Santana da Silva, Ester Senna, Mônica de Carvalho Magalhães Kassar, organizadores. Brasília: OIT, 2005, p. 36). Na mesma linha é a definição aprovada no I Congresso Mundial contra a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, realizado em Estocolmo, em 1996: “a exploração sexual de crianças e adolescentes é uma violação fundamental dos direitos infanto-juvenis. Compreende o abuso sexual por adultos e a remuneração em espécie à criança, ao adolescente, a uma terceira pessoa ou várias. A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes constitui uma forma de coerção e violência, que pode implicar o trabalho forçado e formas contemporâneas de escravidão”.

Tratando-se, pois, de atividade sexual explorada comercialmente por terceiros, mediante remuneração, resta caracterizada a relação de trabalho - trabalho forçado, diante do vício de consentimento, ilícito e degradante, mas trabalho.

Nesse sentido, Maria Lilian Leal de Souza e Mirella D’Arc de Melo Cahú Arco-verde lecionam que “não há como retirar do conceito geral de trabalho quando uma criança ou adolescente é submetido à realização de serviços de ordem sexual a outro, que se beneficia do serviço prestado, mediante pagamentos de qualquer espécie. O que qualifica esse tipo de relação como de exploração sexual é que no caso em concreto não podemos falar numa situação de igualdade entre os sujeitos envolvidos de forma a termos uma livre manifestação de vontade. Especificamente porque em um dos polos da relação temos uma criança ou adolescente, muitas das vezes em premente necessidade de obter condições materiais para sobrevivência e, ainda, estimulado pelos pais que se beneficiam do pagamento dos serviços” (Criança, adolescente e trabalho. Andrea Saint

Pastous Nocchi, Gabriel Napoleão Velloso, Marcos Neves Fava, organizadores. São Paulo: LTr, 2010, p. 218).

Registre-se, ainda, que não há como considerar a exploração sexual de crianças e adolescentes como uma relação de consumo, sob pena de afronta a princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana. Ademais, conforme destacado por Enoque Ribeiro dos Santos, “em se tratando de relações sexuais, ou do sexo em si, não há falar em relação de consumo, pois na seara deste campo do Direito, o consumidor, ou seja, aquele que adquire o produto para sua fruição, prazer e satisfação, é que deve ser protegido (Princípio da Vulnerabilidade), ocorrendo uma inversão da lógica, pois a criança ou adolescente é que é o explorado. Dessa forma, o sexo jamais pode ser visualizado como objeto de uma relação de consumo” (Enfrentamento à exploração sexual-comercial infanto-juvenil. Antonio de Oliveira Lima, Cicero Rufino Pereira, Enoque Ribeiro dos Santos, organizadores; Rafael Dias Marques, coordenador. São Paulo: LTr, 2012, p. 08).

Por fim, a ilicitude do objeto é obstáculo ao reconhecimento de vínculo de emprego, não afastando, contudo, a competência da Justiça do Trabalho. A respaldar esse entendimento, rememoro que são inúmeras as decisões de mérito proferidas por este Tribunal em relação à prestação de serviços concernentes ao jogo do bicho (v.g. E-RR-70700-05.2006, SDI-I, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 09.05.2008; E-RR-724600-84.2002.5.06.0906, SDI-I, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 18.04.2008; e E-RR-501541- 94.1998.5.21.5555, SDI-I, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 09.11.2007), tendo sido editada, inclusive, acerca da matéria, uma Orientação Jurisprudencial (“É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico” – OJ 199/SDI-I/TST). Resta ileso, assim, o art. 114, I, VI e IX, da Constituição Federal. Nego provimento. (Grifos nossos).^[10]

Como se vê a partir dos julgados acima transcritos, a jurisprudência trabalhista caminha pela competência da Justiça Laboral e pelas repercussões trabalhistas decorrentes da exploração sexual de crianças e adolescentes. Em regra, as condenações, fruto da atuação do Ministério Público do Trabalho em ações civis públicas contra os exploradores, têm como desfecho a concessão da tutela inibitória para prevenir novos

ilícitos e indenização pelos danos coletivos extrapatrimoniais ocasionados em decorrência da exploração sexual infantojuvenil.

E de fato. A exploração sexual infantojuvenil, que se constitui em violência sexual contra crianças e adolescentes, resulta em lesão a direito difuso, uma vez que atinge toda a sociedade. Configura-se, inquestionavelmente, como dano moral coletivo, competindo ao Ministério Público do Trabalho o dever de buscar a sua reparação bem como a abstenção dessa abominável conduta, com fundamento no art. 227, *caput* e § 4º; art. 83, III e V, da Lei Complementar n. 75/1993; art. 81, incisos I e II, da Lei n. 8.078/1990; art. 1º, *caput* e inciso IV, e art. 3º da Lei n. 7.347/1985; e art. 186 *c/c* o art. 927 do Código Civil.

Entretanto, a reparação social não se exaure no pagamento de indenização pelo dano extrapatrimonial coletivo, uma vez que resulta também em gravíssima lesão a direito individual indisponível. É essencial, portanto, a condenação do(a) agressor(a) também à reparação individual da vítima.

Nesse sentido, a Lei n. 13.431/2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, dispõe:

Art. 5º A aplicação desta Lei, sem prejuízo dos princípios estabelecidos nas demais normas nacionais e internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente, terá como base, entre outros, os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente a:

[...]

XII - ser reparado quando seus direitos forem violados [...]. (BRASIL, 2017).

Trata-se – a norma acima – de previsão legislativa corolário do princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, em consonância com a Constituição Federal e com esteio nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Dessa maneira, ainda que não seja admitida a existência do vínculo empregatício ou mesmo – e sobretudo – nesses casos, o pagamento da indenização pelo dano moral individual trabalhista é medida que se impõe diante da evidente violação de direitos fundamentais.

Ademais, além dos danos morais, há a possibilidade de danos materiais diante dos prováveis prejuízos ou perdas infligidas ao patrimônio corpóreo da vítima. Como exemplo, em muitos casos, a conduta criminosa resulta em doenças sexualmente transmissíveis (DST), algumas sem possibilidade de cura e que exigirão tratamento médico ao longo de toda a vida da vítima. Não é raro também o comprometido do aparelho reprodutor da vítima, dada a submissão em idade precoce à atividade sexual, situação que dá origem a dano material ante a lesão da integridade física. Inegável, ainda, a possibilidade da ocorrência de psicopatologias e até de transtornos psiquiátricos decorrentes das situações de exploração, o que pode resultar em danos psíquicos e doenças psiquiátricas graves, como, por exemplo, depressão, ideação suicida, fobias agudas, ansiedade, dependência química, entre outros, a exigir custeio de tratamento médico adequado.

Decerto que a caracterização do dano material, ao contrário do dano moral, que é presumido, depende de prova concreta de sua ocorrência. Entretanto, é inegável que todas essas hipóteses de dano afetas ao trabalho infantil estão na esfera trabalhista, já que decorrem da relação laboral de exploração sexual da criança e do(a) adolescente.

4 Conclusão

Em suma, na exploração sexual de crianças e adolescentes, há possibilidade de repercussões trabalhistas em virtude da relação de trabalho em sentido lato ou da relação de emprego.

Diante do que consta no art. 114 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, a competência jurisdicional é da Justiça do Trabalho para apreciar as ações judiciais decorrentes dessas condutas. O Ministério Público do Trabalho é o ramo do Ministério Público brasileiro com atribuição para atuar tanto na esfera extrajudicial quanto perante a Justiça do Trabalho nos casos de configuração de exploração sexual de crianças e adolescentes, forma de trabalho ilícita e degradante.

A responsabilização trabalhista pode incluir o pagamento de verbas decorrentes da relação de emprego, caso seja constatada pela situação concreta, indenização moral individual e coletiva, sem

prejuízo de eventuais reparações por danos materiais ocasionados pela conduta ilícita.

A competência da Justiça do Trabalho e a atribuição do MPT não excluem ou tampouco se sobrepõem à jurisdição ou à atuação de outros ramos do Poder Judiciário e do Ministério Público. Na realidade, há uma soma de competências e atribuições das instituições e dos órgãos responsáveis por tratar e apreciar as diversas e respectivas repercussões (cíveis, penais e trabalhistas) que decorrem da exploração sexual de crianças e adolescentes, visando à reparação integral da vítima.

Referências

BRASIL. Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 215, p. 12, 6 nov. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10088.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.829, de 25 de novembro de 2008**. Altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11829.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017**. Brasília, DF. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. Polícia Rodoviária Federal. **Revista Projeto Mapear 2019-2020**, Brasília, 2020. Disponível em: [https://www.childhood.org.br/childhood/publicacao/mapear2019_2020%20\(1\).pdf](https://www.childhood.org.br/childhood/publicacao/mapear2019_2020%20(1).pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

DA SILVA, Barbosa Rodrigo. **Jogo do bicho**: caracterização da relação de emprego. 2011. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/424/3/20664354.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

DE MORAES E SILVA, Sofia Vilela. **Violência sexual contra crianças e adolescentes e eficácia social de direitos fundamentais**: subsídio à formulação de políticas públicas para o município de Maceió. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2009.

SOBRINHO, Zéu Palmeira. O combate ao trabalho infantil no tráfico de drogas: pela construção de alternativas para além do estado neoliberal. In: RAMOS, Ana Maria Villa Real Ferreira Ramos *et al.* (org.). **Coordinfância**: 20 anos de luta pela efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2020. p. 569-587. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1c4eJZ1jnVY7z9zSOnQPIIT79BmYFNR_u/view. Acesso em: 20 mar. 2022.

Notas

- [1] As autoras, juntamente com outros membros e membras do Ministério Público do Trabalho, integram Grupo de Trabalho (GT) da Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente (Coordinfância) para o enfrentamento da exploração sexual de crianças e adolescentes. A proposta do GT, que está em fase conclusão, é atualizar, revisar e complementar o Plano Operacional de Enfrentamento à Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes do Ministério Público do Trabalho (Plano ESCCA). Este artigo foi inspirado em estudos e textos desenvolvidos no âmbito do Grupo de Trabalho.
- [2] Em 1º de junho de 1999, a Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação (n. 182), juntamente com a Recomendação n. 190, foram unanimemente adotadas pela Conferência da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O Brasil ratificou a Convenção n. 182 e a Recomendação n. 190 em 12 de setembro de 2000, através do Decreto n. 3.597/2000. O Decreto n. 3.597/2000 foi revogado pelo Decreto n. 10.088/2019, que unificou em um único diploma normativo as ratificações dos tratados e convenções internacionais assumidos pelo Brasil.
- [3] A Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), instituída pela Portaria Ministerial n. 397, de 9 de outubro de 2002, tem por finalidade a identificação das ocupações no mercado de trabalho.
- [4] Disponível em: <https://www.ocupacoes.com.br/cbo-mte/519805-profissional-do-sexo>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- [5] O texto transcrito foi extraído da *Revista Mapear*, produzida pela Polícia Rodoviária Federal (PRF) em parceria com a *Childhood Brasil* e outras instituições, inclusive o Ministério Público do Trabalho. A cartilha está em sua 8ª edição e, além de abordar o tema, traz um levantamento dos pontos vulneráveis à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes (ESCA) nas rodovias federais brasileiras.
- [6] A palavra comércio está entre aspas, já que o termo não é adequado para adjetivar a situação em testilha. A utilização da mão de obra e de seres humanos como se coisas ou mercadorias fossem será sempre uma relação exploratória de trabalho, e não uma relação comercial.
- [7] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial da SDI 1 n. 199. Jogo do Bicho. Contrato de Trabalho. Nulidade. Objeto Lícito. **DEJT** divulgado em 16, 17 e 18 nov. 2010. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_181.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

- [8] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (Tribunal Pleno). Recurso Ordinário. Processo n. 0047700-79.2013.5.13.0017. Relator: Des. Wolney de Macedo Cordeiro. Publicação: **DJe** 24 nov. 2015.
- [9] BRASIL. Tribunal Regional da 13ª Região (Tribunal Pleno). Recurso Ordinário. Processo n. 01824.2007.027.13.00-0. Relator: Des. Francisco de Assis Carvalho e Silva. Publicação **DJe** 27 jul. 2010.
- [10] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (1. Turma). **Processo n. AIRR-182400-69.2007.5.13.0027**. Relator: Min. Hugo Carlos Scheuermann – Publicado: 25.4.2016.

Os reflexos da corrupção nos direitos humanos

Marcelle Pestana Gomes

Assessora jurídica no Ministério Público Federal. Especialista em Direitos Humanos pelo Curso CEI – Faculdade de Ciências e Tecnologias de Campos Gerais-MG (Facica). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV).

Resumo: Corrupção e direitos humanos possuem interseções que são, muitas vezes, ignoradas pelos sistemas de justiça e pelos juristas. A corrupção subtrai consideráveis montantes de recursos públicos e impede a concretização de inúmeros direitos humanos na sociedade. Igualmente é capaz de, por si só, ser causa da violação de direitos humanos ou facilitadora de outros delitos que os lesam. Identifica-se, a partir daí, a importância de correlacionar os dois temas, no sentido de promover uma leitura das medidas anticorrupção sob o viés da proteção dos direitos humanos, e vice-versa. Os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos já se atentaram a essa necessidade, contudo os estudos ainda estão incipientes, e a implementação nos países, por sua vez, encontra-se em marcha lenta. O microsistema da tutela da probidade no Brasil e nos Sistemas Global e Interamericano mostra-se em evolução constante, todavia é preciso que seja promovida uma releitura de todas as normas, nacionais e internacionais, visando a proteção dos direitos humanos diante das sequelas provocadas pelos atos corruptos.

Palavras-chave: corrupção; direitos humanos; violações.

Sumário: 1 Introdução. 2 Interseções entre os direitos humanos e a corrupção. 3 Corrupção e as sequelas causadas nos direitos humanos em espécie. 3.1 Caso *Ramírez Escobar vs. Guatemala* (adoção internacional). 3.2 Tráfico de pessoas e contrabando de migrantes. 4 Conclusões.

1 Introdução

A corrupção é fenômeno antigo e recorrente no panorama mundial, podendo ser relacionada com a estruturação das normas jurídicas de prevenção e repressão de cada país, diferenciando-se se mais rigorosas

ou mais flexíveis. Todavia, não basta a mera existência de regramentos jurídicos, demandando força normativa e o controle dos órgãos públicos organizados, seja de natureza judicial, seja administrativa, seja parlamentar. É fator relevante, ainda, o controle social realizado sobre tais práticas, que, muitas vezes, encontram-se enraizadas e passam a ser aceitas culturalmente em dissonância com a ordem jurídica.

No Brasil, os movimentos da sociedade civil contra os sucessivos escândalos de corrupção ganharam palco no ano de 2013,^[1] chamando atenção a ausência de medidas eficazes ao combate à corrupção. Internamente, as normas jurídicas e as decisões judiciais foram recrudescidas no intento de coibir a prática, contudo estamos muito aquém de alcançar a justiça nessa seara.

A problemática envolvida remanesce no fato de que as sequelas da corrupção não se limitam aos danos ao patrimônio da Administração Pública, nacional ou estrangeira, ou à sua moralidade. É consenso na atualidade que a corrupção afeta os mais diversos setores de desenvolvimento de um país: humano, econômico, social, cultural, ambiental, civil e político.

A corrupção desborda no desvio de verbas públicas ou na substituição da finalidade do interesse público pelo particular, dificultando a concreção de políticas públicas de saúde, educação, saneamento básico, segurança, assim como de enfrentamento da pobreza e da fome, comprometendo os recursos materiais para tanto. Projetos de infraestrutura são superfaturados, obras públicas são abandonadas, serviços públicos são negligenciados, delitos ambientais tornam-se expressivos e remanescem na impunidade, órgãos de fiscalização são desmantelados, entre outras inúmeras sequelas. Fica assim evidente que o estudo da proteção dos direitos humanos perpassa o combate à corrupção.

É nesse contexto que o presente artigo, a partir do método analítico, de vertente jurídico-teórica, propõe-se a analisar as intersecções entre a corrupção e os direitos humanos, englobando também a análise exemplificativa das sequelas causadas a alguns dos direitos humanos, em si, e aos serviços públicos que os propiciam, tais como os direitos relacionados à saúde, educação, justiça, segurança, democracia, cidadania, liberdade de expressão, pobreza, não discriminação, empresas, meio ambiente sustentável, desenvolvimento humano e econômico.

Ademais, sem a pretensão de se esgotar o tema, o presente artigo apresentará proposições práticas a serem adotadas pelos órgãos públicos objetivando minorar o impacto da corrupção nos direitos humanos.

2 Interseções entre os direitos humanos e a corrupção

O combate à corrupção começou a evoluir após o fim da Guerra Fria, enquanto a proteção aos direitos humanos ganhou especial atenção décadas antes com o final da Segunda Guerra Mundial e as violações massivas e generalizadas de direitos humanos. Com a evolução e o desenvolvimento econômico decorrente das novas conformações da sociedade na década de 1990, ficou cada vez mais evidente que a corrupção impede o pleno gozo dos direitos humanos, sejam direitos civis e políticos, sejam econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Constatou-se um importante nexos entre os direitos humanos e a corrupção, elevando o combate à corrupção aos objetivos primordiais das sociedades contemporâneas. A corrupção afeta todos os Poderes da República, podendo culminar no suborno que conduz à proteção do interesse particular em uma decisão judicial ou em uma votação parlamentar, ou na destinação indevida das verbas por gestor da *res publica*.

No recente contexto da Operação Lava Jato (BRASIL, 2021a), uma das maiores iniciativas de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história recente do Brasil, iniciada em março de 2014, apurou-se que o valor a ser ressarcido aos cofres públicos alcança o patamar inacreditável de R\$ 44,4 bilhões (BBC NEWS BRASIL, 2018). Para fins de comparação, o investimento do governo federal em educação infantil no ano de 2019 correspondeu a R\$ 83,4 milhões (BRASIL, 2019). Assim, outros inúmeros investimentos na área da educação poderiam ter sido integralmente custeados pelo saldo da corrupção.

Segundo o estudo publicado em março de 2010 pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP, 2010), o custo médio da corrupção no Brasil é estimado entre 1,38% a 2,3% do PIB nacional, isto é, de R\$ 41,5 bilhões a R\$ 69,1 bilhões (em reais de 2008), por ano.

Em suma, os recursos públicos que se destinariam à consecução dos interesses públicos em um país marcado pela desigualdade social,

fome e pobreza perdem o seu traçado na rota da corrupção e deixam vitimadas milhões de pessoas, e violados inúmeros direitos humanos. A corrupção reforça a desigualdade social, reduz a riqueza nacional e impede o avanço das nações nos índices de desenvolvimento humano (ARAS, 2018).

A situação piora quando analisamos os impactos causados às pessoas pertencentes a grupos vulneráveis que encontram maior dificuldade na proteção dos seus direitos humanos, como é o caso dos índios, quilombolas, ribeirinhos, ciganos, pessoas com deficiência, mulheres, crianças e adolescentes, idosos, população LGBTQIA+, pessoas em situação de rua, entre outros. As vulnerabilidades, muitas vezes, interseccionam-se e exigem maior esforço das políticas públicas, como exemplo tem-se a necessidade de proteção das terras indígenas contra invasões ou grilagens para a prática do garimpo ilegal ou outros fins, não sendo raro ter notícia da omissão da União e da Funai na fiscalização (BRASIL, 2021b).

A Transparency International Organization (2020) divulga anualmente um índice de percepção da corrupção no Setor Público em diversos países; e, desde a sua criação, em 1995, o Brasil vem ocupando posições desanimadoras. O *Corruption Perceptions Index*, em sua última aferição em 2020, registrou o Brasil na 94ª posição em comparação com 180 países, em um índice decrescente de confiabilidade.

O quadro deixa claro que a corrupção é um problema mundial, não sendo à toa que os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, assim como os tribunais internacionais, passaram a envidar esforços para a resolução dessa mazela, especialmente a partir da elaboração de Tratados Internacionais especializados no tema. A cooperação jurídica internacional mostrou-se essencial ao combate à corrupção, uma vez que a improbidade administrativa e o delito de corrupção não encontram fronteiras no mundo globalizado de atualmente.

Cabe pontuar que a Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC) estabeleceram deveres de tipificação dos delitos de corrupção e afins aos Estados, assim como de implementação de medidas essenciais à política anticorrupção. Por sua vez, a Convenção da OCDE tipificou o crime de corrupção dos funcionários públicos estrangeiros, e ao lado

da CICC e da UNCAC foram as responsáveis por consideráveis avanços na busca pela transparência, probidade e lisura nas funções públicas.

Acrescenta-se, ainda, de grande valia para a atualidade, a previsão dos 17 ODS na Agenda 2030 da ONU, destacando a preocupação com a paz, a solidez das instituições democráticas e o combate à corrupção.

Especificando no tema em debate, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) analisou onexo entre a corrupção e os direitos humanos, explanando:

A corrupção não apenas conduz a violações de direitos humanos específicos, mas também representa um obstáculo estrutural à implementação e gozo de todos os direitos humanos (UNHRC, 2015; Wouters, Ryngaert e Cloots, 2013, p. 35). Em alguns casos, a corrupção conduz à falência das instituições governamentais, tornando mais difícil aos países desenvolverem e implementarem os direitos humanos de forma apropriada. Além disso, a corrupção torna mais difícil aos Estados protegerem importantes direitos que ainda não encontram proteção à luz do direito internacional, mas que surgem consagrados e protegidos por muitas das constituições e leis nacionais, como o direito a um ambiente limpo e sadio. Assim, se uma fábrica polui, de forma regular, o ar de uma certa região, mas as autoridades não tomam medidas para reprimir tal comportamento porque foram subornadas nesse sentido, então os direitos ambientais (e, possivelmente, o direito à proteção da saúde) são violados em resultado da corrupção. A corrupção pode apresentar efeitos nefastos face à paz e à segurança, criando condições favoráveis para o incremento do risco de violação dos direitos humanos. (UNODC, 2021).

No mesmo artigo, o UNODC pontuou que

a corrupção, o suborno, o furto e a evasão fiscal custam, por ano, cerca de 1,26 trilhão de dólares aos países em desenvolvimento; este montante de dinheiro poderia ser utilizado para auxiliar aqueles que sobrevivem com menos de 1,25 dólar por dia por, pelo menos, seis anos. (UNODC, 2021).

O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (UNHRC, 2015, p. 8) elaborou relatório acerca dos problemas ocasionados pelo impacto negativo da corrupção no gozo dos direitos humanos em 2015 (*Final report of the Human Rights Council Advisory Committee on the issue of the*

negative impact of corruption on the enjoyment of human rights), mencionando que existem dois aspectos a serem considerados quando nos referimos aos impactos negativos nos direitos humanos.

O primeiro aspecto relaciona-se com os recursos econômicos e financeiros afetados pela corrupção, destacando que os atos corruptos desviam os fundos para o desenvolvimento e implicam a realocação de verbas que podem interferir na efetiva realização dos direitos humanos, especialmente das pessoas vulneráveis. A corrupção reduz os recursos disponíveis para a concretização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Por sua vez, o segundo aspecto relaciona-se à realização da democracia e à implementação do *rule of law* – Estado de Direito. Caso as autoridades do país estejam impregnadas pela corrupção, a confiança do povo no governo, e eventualmente na ordem democrática e no Estado de Direito, é minada.

O relatório explicita, ainda, que a violação dos direitos humanos pela corrupção pode se dar de forma direta ou indireta. A corrupção pode constituir, diretamente, uma violação de um direito humano quando um ato corrupto é usado deliberadamente como meio de violar um direito, ou quando o ato da autoridade impede que os indivíduos gozem desse direito ou deixam de agir de forma a garantir que os indivíduos possam gozar desse direito. Em outras situações, a corrupção é um fator essencial que contribui para uma cadeia de eventos que, eventualmente, leva à violação de um direito humano. Nesse caso, o direito é violado por um ato que decorre do ato corrupto e este último é condição necessária para a violação.

Nesse sentido, os organismos internacionais valem-se da abordagem de direitos humanos para o combate à corrupção em complementariedade à lei penal e administrativa, pugnando pela criminalização das condutas e o fim da impunidade. Analisando a evolução da legislação brasileira na contenda ao ato corrupto, no exercício da sanção penal ou do direito administrativo sancionador, verifica-se que se tratou de uma resposta às pressões internacionais pelo cumprimento dos compromissos firmados pelo País, contudo os tribunais nacionais mostraram-se tímidos e restritivos na aplicação das normas, o que as destituiu de eficácia por um longo período.

3 Corrupção e as sequelas causadas nos direitos humanos em espécie

Evidenciou-se, ao longo do estudo, que a corrupção é causadora da violação de direitos humanos, seja de forma direta – quando o ato corrupto tem por finalidade violar um direito humano –, seja de forma indireta – quando o ato tem finalidade diversa, mas atinge de forma reflexa um direito humano. A violação indireta está presente, muitas vezes, quando a corrupção atua como facilitadora para a prática de outro delito.

A título de exemplo, a corrupção no sistema de justiça, voltada a prejudicar determinada parte em um processo judicial, atinge diretamente o direito humano de ser ouvido por um juiz independente e imparcial (artigo 8º, CADH; artigo 14, PIDCP^[2]). Noutra giro, a corrupção no desvio de verbas públicas da saúde atinge, de forma reflexa, o direito humano à saúde (artigo XI, DADDH; artigo 12, PIDESC^[3]), uma vez que precariza o sistema público de saúde que, no caso do Brasil, sofre de escassez de recursos e alta demanda. É possível citar diversas formas como desenvolve-se essa relação de causa e efeito entre a corrupção e os direitos humanos.

O artigo 1º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) prevê a todos os povos o direito à autodeterminação, de modo que possam determinar livremente seu estatuto político e assegurar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Em um Estado permeado pela corrupção, não há segurança nas instituições públicas, tampouco confiança dos cidadãos, razão pela qual o direito à autodeterminação é violado *ab initio*.

Igualmente, a corrupção mina o direito à igualdade de tratamento e à não discriminação, uma vez que a vantagem remanesce, geralmente, com aquele que detém poder econômico ou influência política e atua em conluio com o agente público corruptor.

A Operação Lava Jato, em 2014, explicitou como a corrupção está imbricada no Brasil nos mais diversos setores, atingindo partidos políticos, parlamentares, empresas de construção civil e a Petrobras. Na ocasião, restou demonstrado como o poder econômico controla a política brasileira; e esta, imbuída da ausência de princípios de

integridade, moralidade e legalidade, corrompe-se na medida em que os agentes políticos enriquecem ilícitamente. Essa operação demonstrou o impacto da corrupção nas decisões políticas do País, passando pela compra de votos nas sessões de votação de projetos de leis por parlamentares até o financiamento ilegal de campanhas, entre outras medidas que minaram a democracia brasileira. Cite-se Mohallem (2015, p. 103):

Democracia e dinheiro coexistem sob tensão quando o assunto é campanha eleitoral. Ainda que a realização da democracia em contextos atuais dependa de vultosos recursos financeiros, seu uso excessivo ou desigual arrisca corrompê-la. O princípio de que os indivíduos são igualmente partícipes do processo de construção da política depende de que suas capacidades de controle e influência sejam também equivalentes. Mas o acesso desigual a recursos financeiros durante a disputa eleitoral permite o surgimento de espaços privilegiados de acesso ao poder.

Conforme destacou ainda Michael Freitas Mohallem (2015, p. 120):

Portanto, as eleições brasileiras nos últimos anos se caracterizaram por um forte desequilíbrio de aporte financeiro em campanhas ligadas aos grupos empresariais posteriormente investigados. Neste contexto, é razoável afirmar que algum grau de distorção dos resultados eleitorais deva ter ocorrido, o que nos permite estabelecer o elo direto entre a distribuição dos valores obtidos por meio da corrupção e a violação dos direitos políticos de cidadãos brasileiros.

O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE IDH) no julgamento de casos contenciosos aumentou consideravelmente com o início do século XX, o que demonstra a importância da jurisdição interamericana nos Estados americanos, principalmente por meio do combate à corrupção sob um viés de proteção dos direitos humanos.

O Caderno de Jurisprudência da CORTE IDH n. 23 apresenta um compilado de casos contenciosos julgados pela Corte, em que é possível encontrar a correlação entre a corrupção e os direitos humanos ofendidos (CORTE IDH, 2019).

O caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* foi sentenciado em 2004 e a Corte condenou o Paraguai por incluir menores reeducandos em instituições sem as devidas condições para que os privados

de liberdade possam desenvolver a sua vida de maneira digna, mantendo-os em condições desumanas e degradantes e expondo-os a um ambiente permeado por violência, abusos, promiscuidade e corrupção. Nesse caso, a corrupção é tida como um fator violador da integridade física, psíquica e moral dos menores detidos (artigo 5º da CADH).

O caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentenciado em 2012, condenou o Equador por não proceder à consulta da comunidade indígena para obter o seu consentimento prévio, livre e informado, com base na Convenção n. 189 da OIT, a respeito dos impactos que determinado empreendimento causaria nas terras indígenas. Constatou-se que o Estado se omitiu e delegou à empresa o procedimento de consulta, vindo a obter o consentimento por meio do oferecimento de vantagens econômicas e meios fraudulentos.

Assim, a atuação omissiva do Estado favoreceu as práticas corruptas e violou o direito aos processos de consulta prévia aos povos indígenas (arts. 21 e 23 da CADH).

No caso *Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia* (sentença de 2018), a Corte considerou a liberdade de expressão como pedra fundamental da sociedade democrática e enfatizou a necessidade de proteção dos jornalistas, assim como a devida apuração de homicídios cometidos contra eles. O caso remonta a um jornalista que divulgava casos de corrupção e lavagem de dinheiro, tendo sido assassinado e não havido a devida persecução penal para identificar os autores do crime. Ressalta-se a necessidade de proteção das pessoas que denunciam atos de corrupção e o fim da impunidade como proteção também do direito à liberdade de expressão.

Destacam-se outros casos que tratam da proteção de pessoas em risco por sua luta contra a corrupção (jornalistas, vítimas, defensores de direitos humanos, membros da Justiça e de órgãos de persecução, entre outros): caso *Fleury y otros vs. Haití* (sentença 2011); caso *Luna López vs. Honduras* (sentença 2013); caso *Gutiérrez y familia vs. Argentina* (sentença 2013); caso *Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala* (sentença 2014); caso *Acosta y otros vs. Nicaragua* (sentença 2017); caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* (sentença 2006). A CORTE IDH considerou que o direito a buscar e a receber informações protege o direito das pessoas de solicitarem o acesso à informação

sob controle do Estado, salvo legítimas restrições. Esse entendimento é importantíssimo no combate à corrupção, uma vez que a transparência pública é meio de controle social.

Caso emblemático da CORTE IDH, que analisa os impactos da corrupção nos direitos humanos, é o caso *Ramírez Escobar vs. Guatemala*, razão pela qual será tratado em separado no tópico a seguir.

3.1 Caso Ramírez Escobar vs. Guatemala (adoção internacional)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos manifestou-se sobre o tema, na maior parte das vezes, de forma lateral. Contudo, em 9 de março de 2018, a CORTE IDH proferiu sentença no caso *Ramírez Escobar y Otros vs. Guatemala* reconhecendo que a violação do direito humano em análise decorreu também da corrupção, abordando o tema de forma aprofundada (CORTE IDH, 2018).

O caso chegou à CORTE IDH com a denúncia, datada de 1997, de que diversas irregularidades ocorreram nos procedimentos de adoção internacional na Guatemala. Segundo o contexto da notícia, teria ocorrido a separação dos irmãos Ramírez, enquanto crianças, de sua família biológica, sendo colocados em acolhimento institucional e, após, adotados por famílias norte-americanas diferentes (PAIVA; HEEMANN, 2020, p. 351).

A CORTE IDH entendeu que todo o procedimento, desde o acolhimento à adoção, não respeitou as garantias substantivas e processuais mínimas da CADH, vindo a ser o caso submetido à Corte Interamericana em 2016.

A Corte proferiu a sentença em 2018, responsabilizando o Estado da Guatemala pela violação da proibição de interferências arbitrárias na vida familiar, das garantias judiciais e do direito à proteção da família, reconhecidos pelos artigos 8.1, 11.2 e 17.1 da CADH, em conjunto com os artigos 1.1 e 2, em prejuízo dos pais biológicos e do filho (apenas um participou do caso), assim como violou o artigo 19 em relação a ele.

A sentença da Corte demonstra que, no início dos anos 1990 até o final da primeira década dos anos 2000, as adoções internacionais representaram um negócio muito lucrativo para a Guatemala. O país

encontrava-se em extrema pobreza, com altas taxas de natalidade e ausência de um controle e supervisão eficazes quanto aos procedimentos de adoção, favorecendo o comércio de venda de crianças. Verificou-se que o Estado privatizou o procedimento de adoção internacional, de modo que os agentes a quem se atribuiu a autorização foram responsáveis pela elevação massiva das adoções no período (parágrafos 61 a 71 da sentença).

Prossegue, sustentando que as sérias irregularidades nos processos de adoção internacional foram favorecidas pela debilidade institucional e corrupção dos órgãos de controle, além de uma legislação flexível e adequada que facilitou a formação de redes e estruturas de delinquência organizadas dedicadas ao lucrativo negócio de venda das adoções internacionais (parágrafo 145).

A Corte ressaltou as consequências negativas da corrupção e os obstáculos que representa para o gozo efetivo dos direitos humanos, assim como o fato de que a corrupção das autoridades estatais e prestadores privados de serviços públicos afeta de uma maneira particular grupos vulneráveis. Acrescentou que a corrupção não só afeta os direitos dos particulares individualmente afetados como também repercute negativamente em toda a sociedade, na medida em que se quebra a confiança da população no governo e, com o tempo, na ordem democrática e no Estado de Direito.

Assim, reforçou as previsões da Convenção Interamericana contra a Corrupção diante da imprescindibilidade de combater todas as formas de corrupção no exercício das funções públicas, bem como recorreu aos Estados o dever de adotar medidas para prevenir, sancionar e erradicar eficazmente a corrupção (parágrafos 241 e 242).

No caso em questão, é possível visualizar os efeitos nefastos que a corrupção pode alcançar, sendo certo que a rede de adoções internacionais arbitrárias na Guatemala, privando inúmeras crianças de seus familiares, só se tornou possível em razão da corrupção dos órgãos públicos de controle e fiscalização. Verifica-se que, nos termos da sentença da CORTE IDH, muitos direitos humanos previstos na CADH foram violados a partir do ato corrupto, citando-se: os direitos à identidade e ao nome do artigo 18, o direito à integridade pessoal do artigo 5º, os direitos da vida familiar do artigo 11.2, a garantia de

proteção à família do artigo 17.1, a proteção judicial do artigo 25.1, as garantias judiciais do artigo 8.1 e o acesso à justiça do artigo 8º.

3.2 Tráfico de pessoas e contrabando de migrantes

Recentemente, as Câmaras Criminal (2ª CCR) e de Combate à Corrupção (5ª CCR) – com a participação da Secretaria de Cooperação Internacional (SCI) e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) – do Ministério Público Federal (MPF) divulgaram orientação conjunta para nortear a atuação dos membros em casos de contrabando de migrantes e tráfico de pessoas, em quaisquer de suas modalidades: exploração sexual, laboral, adoção ilegal e tráfico de órgãos. O objetivo da orientação foi demonstrar “a necessidade de melhor compreender a correlação entre aspectos de gênero e corrupção, em especial como tais práticas delitivas afetam mulheres e meninas de maneira diferenciada” (MPF, 2021).

Como órgão de investigação e persecução penal, o MPF observou que os crimes de contrabando de migrantes e tráfico de seres humanos comumente estão relacionados com a corrupção de agentes públicos, que facilitam a consumação do delito em troca de vantagens ilícitas – que podem chegar a ser de cunho sexual com uso de ameaças ou extorsão. Assim, destacou-se que essa modalidade de corrupção acarreta vulnerabilidades particulares às partícipes do sexo feminino, especialmente no contexto de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

Destacam-se da orientação conjunta importantes esclarecimentos:

Apesar de um em cada cinco latino-americanos se identificar como vítima ou como conhecedor de alguém que tenha sido sexualmente extorquido por agente público, em troca de acesso a direitos ou serviços básicos, a corrupção como crime auxiliar do tráfico de pessoas e da prostituição internacional é prática ilícita estatisticamente subnotificada em âmbito interno. [...]

Em razão da elucidação da problemática em diversas regulamentações da comunidade internacional, pode-se reconhecer verdadeira importância e atualidade ao tema. A corrupção como facilitadora do tráfico de pessoas prejudica o desenvolvimento social e a igualdade de gênero na América Latina, por afetar predominantemente mulheres e meninas,

tendo em vista a complexa perspectiva regional de sistêmico favorecimento do contrabando de migrantes entre as fronteiras que separam o Brasil de seus vizinhos, com especial atenção ao vínculo entre este crime, práticas de exploração sexual e escravidão moderna. [...]

No caso brasileiro, visando um diagnóstico nacional, em 2019, realizou-se pesquisa e levantamento de casos, em acompanhamento pelo MPF, com vínculos entre o tráfico de pessoas e a corrupção. O resultado, em síntese, revelou a inexistência de inquéritos, processos judiciais ou procedimentos extrajudiciais, que abarcassem ambas as práticas delitivas. Evidenciou-se, assim, uma incongruência do cenário brasileiro com as tendências criminosas identificadas pelos estudos a nível internacional, a qual constata a inviabilidade do tráfico humano, sem a influência, em algum grau, de corrupção de agentes públicos. A partir desses elementos, questiona-se sob qual ótica as autoridades brasileiras têm analisado a problemática, até o momento. (MPF, 2021).

Observou-se, assim, que, no cenário da persecução penal brasileira, inexistem investigações de corrupção de agentes públicos relacionadas ao crime de tráfico de pessoas, indicando uma discrepância com a situação constatada em toda a América Latina. Tal discrepância pode estar associada à dissociação dos delitos, de modo a punir o agente público apenas pelos delitos laterais, como a corrupção, a extorsão ou a ameaça; ou pode estar ligada ao fato de o delito de extorsão previsto no Código Penal exigir a indevida "vantagem econômica", não considerando a exigência de vantagens sexuais como enquadramento no tipo penal; ou à corrupção dos agentes investigativos que se omitem, entre outras possibilidades.

Ao final da referida orientação conjunta, o Ministério Público Federal faz as seguintes sugestões:

Assim, a título de Orientação Conjunta aos Procuradores da República que atuam em casos de contrabando de migrantes e tráfico de pessoas, em quaisquer de suas modalidades – para fins de exploração sexual, laboral, adoção ilegal e tráfico de órgãos, sugere-se:

(1) que, a despeito de não existir um tipo penal específico para a figura conhecida no direito comparado como "sextorsão", que os procuradores considerem a possibilidade de enquadrar as condutas de solicitar, exigir, dar, oferecer, receber ou prometer favorecimento sexual como crimes de peculato eletrônico, concussão, corrupção ativa e passiva,

corrupção de testemunha, todos do Código Penal comum (artigos 313-A, 316, 317, 333 e 343), ou delito de extorsão mediante sequestro (artigo 159), do Código Penal comum, além dos crimes equivalentes do Código Penal Militar (artigos 308, 309 e 347), considerando a respectiva paga sexual nas expressões “vantagem indevida” e “qualquer vantagem” previstas nesses tipos penais, sem prejuízo dos crimes sexuais ou contra a liberdade sexual eventualmente incidentes;

(2) que as investigações e perseguições sobre os fatos envolvendo os crimes de contrabando de migrantes e tráfico de seres humanos trabalhem sempre com a possibilidade de favorecimentos ilícitos com práticas corruptas de agentes públicos como contrapartida, de modo a formalizar o trato institucional com relação às associações entre esses tipos penais; [...]. (MPF, 2021).

Por sua vez, a corrupção sistêmica que assola diversos países é tida como facilitadora do tráfico internacional de pessoas, sendo regularmente observada nos países da América Latina. Segundo artigo publicado no jornal *El País*, os agentes públicos envolvidos corrompem-se de diversas formas, podendo isso se dar pela violação do sigilo de investigações relacionadas aos criminosos de fronteiras, pela omissão no seu dever de vigilância, pela própria integração na organização criminosa ou ainda pela efetiva falsificação de documentos migratórios. Segundo o jornal, *“Siendo la corrupción un factor crucial en la trata de personas, su relevancia contrasta con la escasa efectividad en su persecución”* (EL PAÍS, 2020). Em outras palavras, a corrupção, ao sustentar o delito de tráfico de pessoas, ostenta grande relevância, especialmente pela gravidade de tal crime transfronteiriço, contudo a sua relevância contrasta nitidamente com a escassa e ineficaz perseguição penal que lhe é direcionada.

É possível citar outros organismos que lutam contra a corrupção no contexto do tráfico de pessoas, como o EUROsociAL+ (programa de cooperação entre a União Europeia e a América Latina), financiado pela União Europeia, pela Rede contra a Corrupção e pela Rede contra o Tráfico de Pessoas e o Tráfico Ilícito de Migrantes, fazendo ambas as redes parte da Associação Ibero-Americana de Ministérios Públicos (AIAMP). As três instituições reuniram-se para elaborar a Declaração Conjunta para impulsionar o combate à corrupção facilitadora do tráfico de mulheres e meninas por razão do Dia Mundial contra o Tráfico de Pessoas, em 20 de julho de 2020.

Extrai-se da citada declaração conjunta trecho que instrui a forma como a corrupção age no tráfico de pessoas:

La corrupción asociada a la trata se puede manifestar a lo largo de la cadena de producción criminal, pero también los sistemas de impartición de justicia o protección de víctimas. La corrupción pública puede ocurrir desde cobros periódicos de dinero o favores sexuales, por funcionarios que omiten sus deberes de vigilancia o dan aviso de actuaciones investigativas o de inspección, hasta situaciones donde son los propios funcionarios quienes controlan el negocio ilícito o son miembros de la red. Se presenta la corrupción mediante conductas como: a) pasividad, encubrimiento, obstaculización o connivencia de funcionarios (policías, jueces, fiscales, funcionarios municipales, etcétera); b) amenazas a víctimas y testigos; c) aviso a las redes de trata de operativos de intervención y otras actuaciones judiciales; d) inactividad judicial e impunidad; e) otorgamiento de licencias municipales para el funcionamiento de locales ilegales; f) falsedad documental (por ejemplo, en permisos de residencia para víctimas y documentos de identidad de menores); g) paso seguro a tratantes y sus víctimas en pasos migratorios; h) entrada de redes de prostitución a locales penitenciarios; i) actas y testigos falsos en procesos judiciales.^[4] (AIAMP, 2020).

O documento conclui pela necessidade de fortalecimento das medidas anticorrupção no contexto da elaboração de estratégias de prevenção e de persecução penal ao tráfico de pessoas. Recomenda-se a busca por um maior conhecimento sobre a forma como a corrupção facilitadora se desenvolve, o estabelecimento de uma maior cooperação interna e internacional, a superação de impedimentos internos de investigação para a detecção e prova do componente corruptivo, bem como a tipificação das manifestações de corrupção mediante vantagem sexual.

O Escritório das Nações Unidas contra as Drogas e o Crime elaborou ainda em 2011 o documento temático intitulado "O Papel da Corrupção no Tráfico de Pessoas", o que demonstra a demora, especialmente do Brasil, em dar atenção ao tema e buscar medidas mais eficazes de combate, inclusive tipificando a modalidade de corrupção e delitos afins consumados por meio de vantagens sexuais.

O UNODC (2011) apresentou as seguintes recomendações:

- a) transversalização dos enfoques, no sentido de aplicar estratégias e medidas anticorrupção ao processamento do tráfico de pessoas, e vice-versa;

- b) conexão de atores relevantes, ou seja, buscar esclarecer quais atores e agentes estão identificando os vínculos entre a corrupção e o tráfico de pessoas, a fim de compartilhar experiências e recursos sobre o tema específico;
- c) identificação dos setores públicos vulneráveis, visando aplicar medidas de combate à corrupção de funcionários direcionadas;
- d) conscientização e capacitação de funcionários relevantes no âmbito da corrupção e tráfico de pessoas;
- e) garantia da transparência de rendimento;
- f) desenvolvimento e implementação de códigos de conduta para agentes atuantes na temática;
- g) estabelecimento de mecanismos de controle;
- h) aplicação de respostas disciplinares e judiciais aos funcionários corrompidos;
- i) cooperação entre agentes no combate à corrupção e na luta contra o tráfico de pessoas;
- j) melhora na compilação de dados do país, desenvolvendo análises internas de como se dá a corrupção dos funcionários públicos;
- k) melhora na proteção das vítimas que denunciam atos de corrupção;
- l) envolvimento da sociedade civil e do setor privado na luta;
- m) implementação de incentivos e medidas de proteção; e
- n) desenvolvimento de estratégias conjuntas para o combate à corrupção e ao tráfico de pessoas.

4 Conclusões

Se por um tempo ignorou-se a conexão existente entre a corrupção e os direitos humanos, essa não é mais a realidade atual. A interseção fica mais evidente à medida que se aumenta a conscientização da

corrupção enquanto causadora da violação de direitos humanos, de forma direta ou de forma indireta como facilitadora de outros delitos.

Os sistemas internacionais e organismos internacionais, assim como algumas instituições nacionais, já envidam esforços para combater a corrupção sob o viés da proteção dos direitos humanos. Com o passar dos anos ficou claro que a corrupção é fator impeditivo do desenvolvimento econômico e social dos países, contaminando a democracia e colocando em risco a confiabilidade do povo no Estado de Direito. Para além dos efeitos deletérios no regime político e democrático, a corrupção evidenciou uma série de violações de direitos humanos que atingem de modo individual, como por exemplo no caso de mulheres e meninas vítimas de tráfico de pessoas e no caso *Ramírez Escobar*, que denunciou um esquema de corrupção para a venda de crianças na Guatemala.

A análise do nexos entre a corrupção e os direitos humanos ganha relevância quando nos referimos ao Brasil, uma vez que ostenta posição desanimadora no ranking da percepção de corrupção realizado anualmente pela Transparency International Organization e é palco, constantemente, de escândalos de corrupção. E isso desde grandes operações, como a Lava Jato, que denunciou a corrupção enquanto ela corroía a democracia, aos desvios de verbas da saúde no contexto da pandemia de covid-19, que deixou inúmeros brasileiros desamparados.

A situação desanimadora do Brasil contrasta com o elevado número de normas jurídicas que visa punir os atos corruptos – tanto o chamado microsistema da tutela da probidade quanto os tratados internacionais existentes na temática e já internalizados pelo País. Conclui-se que a existência de robusto arcabouço jurídico, nacional e internacional, não é suficiente para garantir o combate à corrupção e proteger devidamente os direitos humanos. A lei não funciona sozinha, é preciso tornar as instituições fiscalizatórias, investigativas, persecutórias e judiciais mais fortes e preparadas para a política anticorrupção, seja para atuarem em consonância com a legislação e contribuir com a luta, seja para manterem-se íntegras e incorruptíveis.

Os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos têm se especializado cada vez mais na temática da corrupção, reconhecendo as sequelas que a conduta provoca nos direitos humanos. Ficou claro que, diante da interseção entre a corrupção e os direitos humanos,

os tratados internacionais devem ser relidos à luz dessa relação, identificando-se um sistema anticorrupção mesmo nos documentos que sequer a mencionam, como no caso dos compromissos da Carta Internacional de Direitos Humanos da ONU e dos documentos fundantes do Sistema Interamericano (Carta da OEA, DADDH e CADH).

Ademais, os sistemas de proteção aos direitos humanos mostram-se avançados no estudo da corrupção como violadora dos direitos humanos, destacando-se a atuação da CORTE IDH, dos Comitês do PIDESC e PIDCP, assim como do UNODC, no desenvolvimento de relatórios acerca da corrupção e dos direitos humanos, buscando medidas eficazes e apresentando recomendações aos Estados. No mesmo sentido, ressalta-se sentença julgada recentemente pela Corte IDH (caso *Ramírez Escobar vs. Guatemala*), que abordou diretamente as implicações da corrupção nos direitos humanos.

Por tudo o que se disse no presente estudo, concluímos que a proteção aos direitos humanos e as medidas anticorrupção concretizam interesses harmônicos entre si, criando-se a necessidade de serem pautadas conjuntamente para ampliar a eficácia de ambas. Para além dos estudos das sequelas da corrupção e respectivas medidas de combate, que precisam ser regionalizados, respeitando as características de cada país e de cada unidade federativa incluída, é imprescindível o investimento na conscientização e na educação dos funcionários públicos para as consequências nefastas que os atos de corrupção provocam.

O ensino da probidade, dos valores e princípios éticos, sob um viés consequencialista, deve vir acompanhado do treinamento de todos os funcionários públicos, reservando-se um acompanhamento especial aos funcionários mais expostos à modalidade de corrupção que provoque grave violação a direitos humanos, como é o caso daqueles que se situam em fronteiras com denúncias de tráfico de pessoas. Como disse Montesquieu, a corrupção dos governantes quase sempre começa com a corrupção dos seus princípios.

Ainda que as leis se tornem mais rigorosas, ainda que os órgãos de investigação, o Ministério Público e o Poder Judiciário recrudescam as suas respectivas atuações, a corrupção só será consideravelmente reduzida quando for realmente compreendida pelos funcionários públicos como uma violação. Não se dispensa, por isso, que essas

medidas sejam necessárias para atenuar os casos de corrupção, contudo se a educação sozinha não transforma a sociedade, sem ela tampouco a sociedade muda (FREIRE, 2000, p. 67).

Referências

AIAMP – ASSOCIAÇÃO IBERO-AMERICANA DE MINISTÉRIOS PÚBLICOS. Declaração conjunta REDTRAM-Rede de Promotores contra a Corrupção de 30 de julho de 2020. **Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos**, julho de 2020. Disponível em: <https://www.aiamp.info/index.php/redes-permanentes-aiamp/red-de-trata-de-personas/documentos/declaracion-conjunta-redtram-red-fiscales-contrala-corrupcion-de-30-julio-de-2020>. Acesso em: 30 nov. 2021.

AIAMP – ASSOCIAÇÃO IBERO-AMERICANA DE MINISTÉRIOS PÚBLICOS. **Rede contra a Corrupção**. [s. l., 2022]. Disponível em: <https://www.aiamp.info/index.php/redes-permanentes-aiamp/red-contrala-corrupcion>. Acesso em: 30 nov. 2021.

AIAMP – ASSOCIAÇÃO IBERO-AMERICANA DE MINISTÉRIOS PÚBLICOS. **Rede contra o Tráfico de Pessoas e o Tráfico Ilícito de Migrantes**. Disponível em: <https://www.aiamp.info/index.php/redes-permanentes-aiamp/red-de-trata-de-personas>. Acesso em: 30 nov. 2021.

ARAS, Vladimir. Corrupção e direitos humanos no sistema interamericano. **Blog do Vlad**, 22 nov. 2018. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2018/11/22/corrupcao-e-direitos-humanos-no-sistema-interamericano/>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BBC NEWS BRASIL. Lava Jato: MPF recupera R\$ 11,9 bi com acordos, mas devolver todo dinheiro às vítimas pode levar décadas. **BBC News**, [s. l.], 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43432053>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. Governo Federal. **Portal da Transparência**: educação. 2019. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/12-educacao?ano=2019>. Acesso em: 23 nov. 2021.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Cuadernillo de Jurisprudencia n. 23: Corrupción y Derechos Humanos. **CORTE IDH**, [2022]. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo23.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença Caso Ramírez Escobar vs. Guatemala**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf. Acesso em: 30 nov. 2021.

EL PAÍS. Funcionarios corruptos, un eslabón imprescindible en la trata de personas. **El País**, [s. l.], 2020. Disponível em: https://elpais.com/elpais/2020/07/15/planeta_futuro/1594821972_794679.html. Acesso em: 30 nov. 2021.

EUROSOCIAL. Redes. [S. l., 2022]. Disponível em: <https://eurosocial.eu/redes/>. Acesso em: 30 nov. 2021.

FIESP – FEDERAÇÃO DE INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (org.). Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. **FIESP**, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>. Acesso em: 23 nov. 2021.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da indignação**: cartas pedagógicas. São Paulo: Editora Unesp, 2000. 67 p.

MOHALLEM, Michael Freitas. A corrupção eleitoral revelada pela Lava Jato e os direitos políticos no Brasil. In: FUCHS, M. C.; ROJAS, C. N. (ed.). **Corrupción, Estado de Derecho y derechos humanos**: manual de casos. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019. p. 111-138. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28546/A%20Corrupc%cc%a7a%cc%83o%20Eleitoral%20Revelada%20pela%20Lava%20Jato%20e%20os%20Direitos%20Pol%cc%81ticos%20no%20Brasil-Mohallem.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 nov. 2021.

MOHALLEM, Michael Freitas. Doação ou investimento? Alternativas ao financiamento desigual de campanhas eleitorais. In: FALCÃO, Joaquim (org.). **Reforma eleitoral no Brasil**: legislação, democracia e internet em debate. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. p. 101-123.

MOVIMENTO NACIONAL ODS. **Transformando nosso mundo**: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Movimento ODS Santa Catarina [2022]. Disponível em: <https://sc.movimentoods.org.br/agenda-2030/>. Acesso em: 30 nov. 2021.

MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Caso Lava Jato. **MPF**, Brasília, 2021a. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>. Acesso em: 23 nov. 2021.

MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Justiça condena União e Funai a prevenir, impedir e retirar ocupação de não-índios de terra indígena em Palhoça (SC). **MPF**, Brasília, 2021b. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sc/sala-de-imprensa/noticias-sc/justica-condena-uniao-e-funai-a-prevenir-impedir-e-retirar-ocupacao-de-nao-indios-de-terra-indigena-em-palhoca-sc>. Acesso em: 23 nov. 2021.

MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica n. 01/2021/REL/SCI/PGR. **MPF**, Brasília, 2021c. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/PGRO0267073.2021.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. **ONU**, [s. l., 2022]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 30 nov. 2021.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PAIVA, Caio. **Sistema global de proteção dos direitos humanos**. Pós-graduação em Direitos Humanos. Belo Horizonte: Curso CEI, 2020. [online].

TI – TRANSPARENCY INTERNATIONAL ORGANIZATION. Corruption perceptions index: CPI. **TI**, 2020. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/bra>. Acesso em: 22 nov. 2021.

UNHRC – UN HUMAN RIGHTS COUNCIL. Final report of the Human Rights Council Advisory Committee on the issue of the negative impact of corruption on the enjoyment of human rights, 5 January 2015, A/HRC/28/73. **Refworld**, 2015. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/550fef884.html>. Acesso em: 24 nov. 2021.

UNODC – ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. **Documento temático**: el papel de la corrupción en la trata de personas. Viena: ONU, 2011. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/CrimenOrganizado/El_Papel_de_la_Corrupcion_en_la_Trata_de_Personas_v4.pdf. Acesso em: 30 nov. 2021.

UNODC – ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. **Overview Of The Corruption Human Rights Nexus**. Viena: ONU, [2021]. Disponível em: <https://www.unodc.org/e4j/pt/anti-corruption/module-7/key-issues/overview-of-the-corruption-human-rights-nexus.html>. Acesso em: 23 nov. 2021.

Notas

- [1] A exemplo do caso “Mensalão” apurado na Ação Penal n. 470 perante o Supremo Tribunal Federal, que levou à condenação de 25 réus por delitos como corrupção ativa e passiva, entre outros correlacionados.
- [2] Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.
- [3] Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
- [4] Tradução livre: “A corrupção associada ao tráfico pode se manifestar em toda a cadeia produtiva do crime, mas também nos sistemas de administração da justiça ou proteção das vítimas. A corrupção pública pode ocorrer desde a cobrança periódica de dinheiro ou favores sexuais, por funcionários que omitem suas funções de vigilância ou notificam ações de investigação ou fiscalização, até situações em que são os próprios funcionários que controlam os negócios ilícitos ou são membros da rede. A corrupção ocorre por meio de comportamentos como: a) passividade, encobrimento, obstrução ou conluio de funcionários (polícia, juízes, promotores, funcionários municipais etc.); b) ameaças a vítimas e testemunhas; c) comunicação às redes de tráfico de operações de intervenção e outras ações judiciais; d) inatividade judicial e impunidade; e) concessão de licenças municipais para exploração de estabelecimentos ilegais; f) documentação falsa (por exemplo, em autorizações de residência para vítimas e documentos de identidade para menores); g) passagem segura para traficantes e suas vítimas nas etapas de imigração; h) entrada de redes de prostituição em estabelecimentos prisionais; i) falsos registros e testemunhas em processos judiciais.”

Os direitos humanos e o papel do Ministério Público na realização do controle de convencionalidade no Direito brasileiro

Maria Clara Mattei

Advogada. Graduada na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduada em Direito Processual Civil na Faculdade Baiana de Direito. Pós-graduada em Direitos Humanos no Círculo de Estudos pela Internet (Curso CEI).

Resumo: O presente artigo tem a finalidade de avaliar o poder-dever do Ministério Público na realização do controle de convencionalidade, enquanto instituição com atribuição constitucional de preservar o ordenamento jurídico, o regime democrático e direitos metaindividuais. Tal discussão vem ganhando cada vez mais importância no cenário jurídico, em razão da magnitude da importância que os direitos humanos vêm assumindo na atual conjuntura, especialmente no Direito brasileiro, pois, desde a promulgação da Constituição de 1988, iniciou-se um intenso processo de ratificação e incorporação de inúmeros tratados internacionais sobre o tema.

Palavras-chave: direitos humanos; controle de convencionalidade; Ministério Público.

Sumário: 1 Introdução. 2 Os direitos humanos. 2.1 Terminologia: uso dos termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. 2.2 Os direitos humanos e a Constituição de 1988. 2.3 A sistemática de incorporação dos tratados internacionais na Constituição brasileira de 1988. 3 O controle de convencionalidade. 3.1 O controle de convencionalidade concentrado e o controle de convencionalidade difuso. 3.2 O controle de convencionalidade brasileiro e os direitos humanos. 4 O Ministério Público na Constituição de 1988 e a defesa dos direitos humanos. 4.1 O papel do Ministério Público no controle de convencionalidade. 5 Conclusões.

1 Introdução

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil passou a ratificar inúmeros tratados internacionais sobre direitos humanos e, com isso, o ordenamento jurídico brasileiro, bem como as instituições responsáveis pela sua preservação, a exemplo do Ministério Público, passaram a sofrer uma releitura, já que as normas internacionais passaram a integrar o sistema jurídico doméstico e vincularam o Estado e todas as suas instituições ao dever de lhes atribuir proteção e efetividade.

Dentro desse contexto, o controle de convencionalidade assumiu grande relevância, enquanto instrumento hábil para verificar a compatibilidade vertical material das normas internacionais vigentes no Brasil às normas do direito interno. A princípio, a aferição da dita compatibilidade foi atribuída ao Poder Judiciário, contudo, com a evolução dos estudos sobre o tema, passou-se a perceber que, em verdade, essa era uma atribuição do Estado e de todos os seus órgãos, desde que respeitados os âmbitos de atribuição e competência de cada um. Com isso, o Ministério Público passou a assumir papel de destaque na proteção dos direitos incorporados, especialmente por sua atuação como agente de transformações sociais.

2 Os direitos humanos

Os direitos humanos são definidos como direitos garantidos no plano jurídico internacional e, por isso, intrinsecamente ligados ao Direito Internacional Público. As normas internacionais são veiculadas, em regra, por meio de declarações ou tratados celebrados entre os Estados, abarcando as mais diversas espécies de temas: direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais etc. No atual cenário, a proteção se dá tanto pelo sistema global de direitos humanos, também denominado de sistema "onusiano" (porque pertencente à Organização das Nações Unidas), quanto pelos sistemas regionais: europeu, africano e interamericano, este último do qual o Brasil faz parte (MAZZUOLI, 2021, p. 21).

Um traço comum a todos os direitos humanos é que eles são considerados, de algum modo, essenciais e indispensáveis a uma vida digna

(MORAES, 2021, p. 20). Como as necessidades humanas variam no tempo e no espaço, inexistem um rol taxativo e fixo desses direitos, pautados na liberdade, igualdade e dignidade, que podem ser exigidos do Estado (eficácia vertical dos direitos humanos) ou de particulares (RAMOS, 2020, p. 31) (eficácia horizontal dos direitos humanos).

Os valores assegurados pelos direitos humanos podem ser retratados de forma implícita ou explícita pelas Constituições e tratados internacionais. A fundamentalidade desses direitos pode tanto ser formal, quando expressamente previstos em diplomas nacionais e internacionais, quanto material, quando, mesmo não expressos, são considerados indispensáveis a uma vida humana digna (RAMOS, 2020, p. 31).

A necessidade de tornar efetivos os direitos primordiais ao ser humano possibilitou, em nível internacional, o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cuja finalidade precípua reside em não apenas reconhecer direitos, tais como direito à dignidade, vida, segurança, liberdade, cultura etc., mas também lograr mecanismos efetivos para sua implementação (MORAES, 2021, p. 15).

Todavia, a ideia de existir uma igualdade essencial entre todos os homens pelo simples fato de serem todos humanos é recente. Foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional proclamasse a Declaração Universal de Direitos Humanos, envolvendo a quase totalidade dos povos, e encontrasse um núcleo central de direitos que abarcassem as suas necessidades e desejos primordiais, apesar das diferenças (COMPARATO, 2019, p. 27).

2.1 Terminologia: uso dos termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”

Nas palavras de André de Carvalho Ramos (2020, p. 52),

os direitos essenciais do indivíduo contam com ampla diversidade de termos e designações: direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais.

A terminologia não é unívoca nem na doutrina e nem nos diplomas legais, quer em âmbito nacional, quer em âmbito internacional, e

a própria Constituição Federal de 1988 faz o uso indistinto de tais conceitos. As duas acepções mais comuns utilizadas no século XXI para a designação de tais direitos são, basicamente, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Os direitos humanos seriam aqueles reconhecidos por diplomas internacionais, ao passo que os direitos fundamentais definem os direitos positivados na Constituição de um Estado em específico (RAMOS, 2020, p. 53). Essa distinção conceitual, como explica Valerio Mazzuoli (2021, p. 21), tem razões históricas e relacionadas à vontade de impor-se uma proteção aos abusos cometidos por entidades estatais.

Sucedem que, a partir da evolução sobre o tema, a dicotomia antes defendida na doutrina tem perdido o sentido na medida em que o local de positivação dos direitos humanos (se previsto na legislação doméstica ou na legislação internacional) deixou de ser o ponto crucial sobre o assunto, hoje ocupado pela busca da efetivação de tais direitos. Por isso, neste estudo, ambos os conceitos serão adotados de forma indistinta.

2.2 Os direitos humanos e a Constituição de 1988

A Constituição brasileira de 1988, logo no seu art. 1º, III, reconhece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. Esta pode ser entendida como uma qualidade intrínseca ao homem que o protege do tratamento degradante e da discriminação e, por outro lado, assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Por sua natureza, os direitos fundamentais, consoante afirmado por Konrad Hesse (2009, p. 16), possuem um caráter dúplice e ambivalente na medida em que comportam prestações negativas (dever de abstenção) e prestações positivas (garantia de um patamar civilizatório mínimo).

A referida norma do art. 1º, III, ratifica a preocupação do legislador constituinte quanto à proteção dos direitos humanos enquanto algo indispensável para a consolidação do Estado Democrático de Direito brasileiro (RAMOS, 2020, p. 516-517). A Constituição de 1988 alargou exponencialmente o rol de direitos fundamentais reconhecidos e protegidos, constituindo um dos documentos políticos mais avançados do mundo sobre o tema. Representa uma mudança de paradigma e um marco

significativo no processo de redemocratização do Estado brasileiro e na institucionalização dos direitos humanos no País, enquanto reconhecidos como normas atribuídas de coercitividade e cujo cumprimento poderia ser exigido pela via jurisdicional (MAZZUOLI, 2020, p. 765).

Nessa linha, voltada ao reconhecimento e incorporação de novos direitos, o Brasil ratificou quase todos os tratados internacionais sobre direitos humanos, especialmente aqueles de maior relevo para o sistema global e para o sistema interamericano. Isso representou uma grande mudança na medida em que a ideia de uma interferência global nos Estados passou a ter como ponto de partida os interesses das pessoas e não mais os interesses exclusivos do governo, como outrora (MAZZUOLI, 2020, p. 765).

2.3 A sistemática de incorporação dos tratados internacionais na Constituição brasileira de 1988

Na Constituição brasileira, a incorporação de um tratado internacional demanda a formação de um ato complexo, em que a vontade do presidente da República, que celebra os referidos tratados, e a do Congresso Nacional, que os aprova por meio de decreto legislativo, se somam e completam o procedimento de integração (PIOVESAN, 2018, p. 172).

Apesar do esforço do poder constituinte originário em reconhecer a importância dos tratados internacionais no plano interno, não foi estabelecido um regramento exaustivo e suficientemente explicativo acerca da incorporação dos tratados, o que foi e ainda é motivo de muitos embates doutrinários. Em razão desse silêncio constitucional, a doutrina majoritária e a jurisprudência têm adotado a teoria dualista, segundo a qual há duas ordens jurídicas distintas e independentes: a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional.

Sendo assim, para que um tratado internacional produza efeitos no ordenamento jurídico interno, não basta a sua ratificação, sendo necessária também a edição de um ato normativo específico: o decreto de execução pelo presidente da República, com o fito de promulgar o tratado, conferir-lhe publicidade e vigência no âmbito interno. Tal entendimento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando do

juízo da ADI n. 1.480-DF (Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF, n. 109, **DJU**, 13 maio 1998) – vide PIOVESAN, 2018, p. 174.

O STF também reconheceu uma tripla hierarquia das normas internacionais (tratados) no plano do direito interno brasileiro, consistente no seguinte: (I) os tratados de direitos humanos internalizados mediante aprovação qualificada no Congresso Nacional (CF, art. 5º, § 3º) possuem equivalência de emenda constitucional; (II) os tratados de direitos humanos internalizados mediante aprovação por maioria simples no Congresso Nacional possuem nível supralegal (art. 5º, § 2º); e (III) os tratados internacionais comuns possuem nível de lei ordinária no plano jurídico interno (MAZZUOLI, 2020, p. 791).

Os tratados aprovados pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição constituem normas formalmente constitucionais, ao passo que os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito ordinário, de acordo com o § 2º da norma em questão, consistem em normas materialmente constitucionais com aplicação imediata no sistema jurídico brasileiro, enquanto normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF). De todo modo, independentemente da hierarquia atribuída aos direitos humanos quando da sua incorporação, todas as normas em vigor no Estado devem ser interpretadas considerando a norma mais favorável à pessoa (princípio *pro persona*) – vide MAZZUOLI, 2021, p. 30-31.

3 O controle de convencionalidade

Os tratados internacionais de direitos humanos assumem especial relevo na ordem jurídica global, enquanto compromissos internacionais voltados a equalizar a situação de determinadas pessoas, grupos e instituições, sem neutralizar suas diferenças culturais, sociais e econômicas.

Por sua vez, o controle de convencionalidade caracteriza-se pelo exame de compatibilidade vertical e material entre as normas do direito interno com as normas oriundas de tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil (MAZZUOLI; FARIA; OLIVEIRA, 2020). Tal qual o controle de constitucionalidade, oferece diretrizes tanto para a elaboração das normas pelo Poder Legislativo quanto

para a aplicação destas pelos operadores do direito. Possui como parâmetro os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil, em razão da cláusula de abertura conferida pela norma do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Segundo Mazzuoli, Faria e Oliveira (2020, p. 21), a aferição do controle de constitucionalidade restringe-se aos tratados internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil. A compatibilidade da legislação doméstica com outros institutos do direito internacional, a exemplo dos tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos e dos costumes internacionais, se faz por meio de outras vias.

A doutrina prevaiente é no sentido de que, mesmo quando possua *status* de emenda constitucional, a aferição acerca da validade de uma norma tendo como parâmetro um tratado internacional deve ser denominada de controle de convencionalidade e não controle de constitucionalidade. Por outro lado, no controle de constitucionalidade apenas estariam enquadradas as normas constitucionais propriamente ditas, as quais tenham sido editadas pelo poder constituinte derivado ou originário, ao passo que, no controle de convencionalidade, estariam abarcados os preceitos normativos provenientes da cláusula de abertura constitucional, independentemente do *status* jurídico recebido quando da sua incorporação.

Além dos tratados internacionais, o exame do controle de convencionalidade deve levar em conta a interpretação realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), intérprete última da Convenção Americana de 1969 (*vide* entendimento proferido no julgamento do caso *Almonacid Arellano e Outros vs. Chile* em 2006 – *cf.* MAZZUOLI, 2021, p. 31). Com esse julgamento, firmou-se o entendimento de que o controle de convencionalidade deve ser realizado primeiramente em âmbito nacional, e somente de forma subsidiária pela CIDH, em atenção ao disposto no preâmbulo da Convenção Americana.

Na linha de evolução do controle de convencionalidade, outro marco histórico a ser destacado foi o julgamento do caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, em novembro de 2010. Nessa oportunidade, a CIDH sedimentou o entendimento de que o controle de

convencionalidade não se restringe apenas aos órgãos judiciários, mas a todos os órgãos estatais, de modo a fomentar o diálogo em direitos humanos nos mais diversos setores, respeitados os limites relacionados às competências e atribuições de cada um.

A partir de então, passou-se a entender que controle de convencionalidade poderia e deveria ser realizado em âmbito nacional e internacional e de forma judicial e extrajudicial, o que tem ensejado a modificação nas atuações de diversos órgãos, dentre as quais merece destaque a atuação do Ministério Público, incumbido constitucionalmente da missão de assegurar a preservação do ordenamento jurídico.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *A Última Tentação de Cristo vs. Chile*, também reconheceu a possibilidade de o controle de convencionalidade ser exercido em face de normas constitucionais. Assim, uma norma pode ser reconhecidamente constitucional, mas ser declarada inconvencional por afrontar um comando previsto em tratado de direitos humanos vigente no Estado e que se revele mais benéfico (princípio *pro homine*) – vide MAZZUOLI, 2018, p. 155-157. Nessa linha, destaque-se que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em respeito ao princípio da boa-fé, veda expressamente a possibilidade de um Estado utilizar uma norma interna sua para descumprir um tratado internacional em vigor – vide teor dos artigos 26 e 27 da mencionada Convenção.

De um modo geral, entende-se que a finalidade última do controle de convencionalidade é interpretar o sistema jurídico à luz dos tratados de direitos humanos, para encontrar a norma e a interpretação mais benéfica na proteção dos direitos da pessoa humana e afastar qualquer norma ou interpretação em sentido contrário, que vulnerarem tal proteção (MAZZUOLI, 2018, p. 150).

3.1 O controle de convencionalidade concentrado e o controle de convencionalidade difuso

São reconhecidas pela doutrina, basicamente, duas formas de realização do controle de convencionalidade no âmbito do direito interno: a forma concentrada e a forma difusa.

No modelo difuso, do mesmo modo que se sucede no controle de constitucionalidade incidental, todos os juízes e tribunais – até mesmo o Supremo Tribunal Federal – possuem o dever de, no julgamento de um caso concreto, proceder à adequação das leis domésticas ao conteúdo dos tratados internacionais vigentes no País. O eventual reconhecimento da invalidade de uma lei do direito doméstico somente produz efeitos *inter partes* e vincula os magistrados apenas àquele caso em específico (MAZZUOLI, 2018, p. 150-151).

Por outro lado, além do controle de convencionalidade difuso, o sistema jurídico brasileiro permite a realização do referido controle na forma concentrada, quando o parâmetro utilizado nessa análise é um tratado internacional incorporado no Brasil com *status* constitucional pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal é o órgão legitimado para a realização do controle de convencionalidade na forma concentrada, segundo a norma do art. 102, I, *a*, da Constituição Federal. Nessa modalidade, a declaração de inconvencionalidade realizada pelo STF possui efeitos jurídicos similares à declaração realizada no âmbito do controle de constitucionalidade concentrado, pois terá efeito *erga omnes, ex tunc*, e vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Contudo, o controle de convencionalidade possui abrangência mais ampla, uma vez que pode ser realizado em âmbito interno ou pelas Cortes Internacionais.

De todo modo, quer no controle de convencionalidade difuso, quer no concentrado, visualizam-se três hipóteses em relação aos impactos jurídicos promovidos pela incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ao plano interno: as normas internacionais podem (I) coincidir com o conteúdo de normas constitucionais; (II) integrar, ampliar e complementar direitos constitucionais previstos; (III) revogação, invalidação e negativa de efeitos jurídicos a leis que sejam contrárias a tal sistemática (PIOVESAN, 2018a, p. 180).

3.2 O controle de convencionalidade brasileiro e os direitos humanos

O Brasil assumiu o compromisso de realizar o controle de convencionalidade, ou seja, criou para si o dever de compatibilização das

normas jurídicas nacionais à legislação internacional ao ratificar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) – artigo 2º, item 2 – e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) – artigo 2º. A partir de então, tornou-se possível a sua responsabilização no caso de descumprimento de normas internacionais de Direitos Humanos e a imposição, pelos órgãos internacionais, de mudanças nas práticas administrativas, legislativas e jurisdicionais para a observância de tais preceitos (BELTRAMELLI NETO, 2021, p. 297).

Tradicionalmente, o controle de convencionalidade foi atribuído como uma atividade a ser desenvolvida pelo Poder Judiciário. Todavia, houve uma evolução de tal entendimento e, atualmente, o direito internacional compreende que a vinculação aos tratados internacionais não é um dever de um órgão ou de um poder específico do Estado, mas de todo ele, incumbindo a todos o respeito às normas ratificadas e incorporadas à legislação doméstica (MAZZUOLI, 2018, p. 179). A Corte Interamericana, no mesmo sentido, já se pronunciou sobre essa ampliação da legitimidade no controle de convencionalidade no julgamento do caso *Velásquez Rodríguez* (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 16).

Como consectário lógico de tais afirmações, extraem-se a existência e a imposição das seguintes obrigações aos Estados: (I) criação de leis e interpretação de normas já existentes de acordo com a sistemática internacional; (II) revogação, invalidação e negativa de efeitos jurídicos a leis que sejam contrárias a tal sistemática; e (III) fiscalização acerca da implementação dos direitos humanos, consoante preceitua o artigo 2º da Convenção Americana (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 19).

No plano nacional, o controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro surgiu com a entrada em vigor da EC n. 45/2004, com a introdução dos §§ 2º e 3º no art. 5º da CF, os quais implementaram uma cláusula de abertura que possibilitou a incorporação do direito internacional ao direito interno. Contudo, somente com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 466.343-SP, de 3.12.2008, sobre a prisão do depositário infiel, é que o tema do controle de convencionalidade ganhou contornos significativos no Brasil (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 6). A partir desse marco, o

Brasil reconheceu um regime jurídico privilegiado para os tratados internacionais sobre os direitos humanos, colocando-o no cerne dos debates jurídicos (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 6).

O posicionamento adotado pela Suprema Corte brasileira no RE n. 466.343-1/SP (2008) é emblemático e transformador porque rompeu com a paridade que se entendia existente entre os tratados de direitos humanos e as leis ordinárias, tese esta que lhes imputava regime jurídico similar, em desrespeito ao disposto no § 2º do art. 5º da Constituição da República. Por isso, embora a tese encampada pelo STF não esteja, ainda, totalmente de acordo com a literalidade da Constituição, qual seja, reconhecer o *status* constitucional de todos os tratados de direitos humanos conferindo-lhe plena constitucionalidade, o julgamento do RE n. 466.343-1/SP (2008) avançou no tema, pois permitiu uma maior aproximação do direito constitucional e do direito internacional (BELTRAMELLI NETO, 2021, p. 304).

Ressalte-se também o fato de o controle de convencionalidade nacional poder ser realizado de forma simultânea e concomitante ao controle de convencionalidade internacional, e, ainda, ser manejado juntamente com o controle de constitucionalidade, de forma independente e autônoma (BELTRAMELLI NETO, 2021, p. 303). Também não se faz necessária nenhuma autorização internacional para a realização do controle de convencionalidade, como consolidado no julgamento do RE n. 466.343-1/SP (2008). O julgamento também evidenciou com muita clareza a aptidão que os tratados de direitos humanos incorporados têm de produzir efeitos imediatos no ordenamento jurídico, de derrogar e paralisar todas as normas que não se compatibilizam com seus preceitos (MARMELSTEIN, 2019, p. 223).

Por fim, registre-se que o controle de convencionalidade em âmbito nacional não impede e não vincula o controle de convencionalidade feito pela via exógena (cujos legitimados são os órgãos de direito internacional), motivo pelo qual diz-se que o Brasil adotou a teoria do duplo controle de convencionalidade das normas de direitos humanos (BELTRAMELLI NETO, 2021, p. 303). Ademais, não obstante haja distinção hierárquica na forma como são recepcionados, todos os tratados de direitos humanos vigentes no Brasil, independentemente do *status* jurídico, submetem-se ao controle de convencionalidade.

4 O Ministério Público na Constituição de 1988 e a defesa dos direitos humanos

A Constituição brasileira de 1988 foi um grande marco para a instituição de um novo perfil para o Ministério Público, ao lhe conferir autonomia, independência, e meios efetivos para alcançar suas finalidades, entre elas a proteção e defesa dos direitos humanos, em nível nacional e internacional. O Ministério Público passou a ser reconhecido como uma instituição essencial à Justiça e, contrariamente ao que se sucedeu nas Constituições anteriores, ganhou papel destacado dos demais Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), sem qualquer vinculação ou subordinação (LEITE, 2017, p. 31-32).

Na dicção constitucional (art. 127), a instituição funciona como uma espécie de extrapoder, cuja atuação está sempre a serviço da sociedade e em prol do interesse público primário. Enquanto instituição responsável pela garantia do regime democrático e do ordenamento jurídico, incumbe-lhe a preservação dos direitos e garantias fundamentais, independentemente de se advindos de normas do direito interno ou de tratados internacionais ratificados pelo Brasil (LEITE, 2017, p. 32-33). É considerado um verdadeiro *custos juris*, responsável por resguardar toda a ordem jurídica (MAZZUOLI; FARIA; OLIVEIRA, 2020, p. 40).

Diferentemente das concepções clássicas já encampadas sobre o órgão, a função ministerial, atualmente, não é mais compreendida como acessória, subsidiária ou secundária. A atuação independente e autônoma do Ministério Público visa garantir, entre outros, que o órgão possa desempenhar sem interferências a sua função de controle, a qual compõe a sua essência enquanto órgão defensor da sociedade (art. 129 da CF). Por essa razão, o Ministério Público possui poderes para investigar, controlar e defender os interesses socialmente relevantes em frente aos particulares, ao próprio Estado e até mesmo em âmbito internacional (DINIZ, 2017, p. 109), na forma do art. 129, II, da CF.

A Constituição não impôs nenhum limite na atuação ministerial em defesa dos interesses cuja proteção lhe compete, podendo e devendo valer-se de todos os instrumentos que lhe são dispostos para tanto, incluindo os meios judiciais e extrajudiciais. Essa abertura constitucional provocou a modificação do perfil ministerial ao longo dos

anos, porquanto deixou de ser um órgão exclusivamente demandista, para tornar-se um órgão voltado precipuamente para uma atuação resolutiva e negocial.

Destaque-se, ainda, que o *Parquet*, para além do papel jurídico, desempenha atividades como agente de transformação social, com soluções multifacetárias e de impacto multidisciplinar (MAZZUOLI; FARIA; OLIVEIRA, 2020, p. 33). A Constituição de 1988 rompeu com o rígido imobilismo da teoria tradicional sobre a separação de poderes e promoveu a abertura de novos espaços de participação (MORAES, 2021, p. 41). A conquista de direitos, a ampliação da cidadania e a criação de mecanismos de redemocratização fizeram com que mais sujeitos, órgãos e agentes se tornassem hábeis a concretizar suas novas posições jurídicas, assim como se sucedeu em relação ao Ministério Público (DINIZ, 2017, p. 152), hoje também guardião dos tratados de direitos humanos.

Sob esse viés, o Ministério Público tem buscado resolver questões de relevante interesse social de forma proativa, como agente intermediador e pacificador, lastreado pelo princípio da cooperação, buscando evitar, sempre que possível, a judicialização dos casos sob sua apreciação. Ademais, esse perfil contemporâneo tem propiciado, cada dia mais, o fortalecimento e a busca por uma atuação preventiva, interdisciplinar e coordenada com outras instituições, até mesmo com o setor privado, de forma ágil e célere, com a criação de soluções de caráter estruturante e sem os entraves de um processo judicial (MAZZUOLI; FARIA; OLIVEIRA, 2020, p. 89).

Aplicado aos direitos humanos, o perfil promocional do Ministério Público prioriza uma atuação preventiva, com vistas a evitar a concretização de lesões a direitos fundamentais. O cerne do modelo resolutivo consiste precipuamente na atuação extrajudicial e negocial (MAZZUOLI; FARIA; OLIVEIRA, 2020, p. 203). Nesses casos, o *Parquet* também deve e busca valer-se de todos os meios lícitos que lhes são disponibilizados para tornar efetivas as referidas normas (MIESSA; CORREIA, 2020, p. 29-31; 111-112). Portanto, a aferição e o controle de convencionalidade são deveres ministeriais, cujo exercício é intrínseco à instituição e independe da chancela do Poder Judiciário, uma vez que tal legitimidade advém da Constituição da República (MAZZUOLI; FARIA; OLIVEIRA, 2020, p. 89).

Não custa lembrar que a democratização do Estado depende, em primeira instância, da democratização das instituições estatais (BITTAR, 2016, p. 341); e, quanto mais respeitados os direitos humanos, mais democrática é a sociedade. Uma das formas de tornar concreto o respeito a tais direitos é a realização do controle de convencionalidade, por isso, entende-se que, além de o Ministério Público ser legitimado para tanto, a sua atuação nesta seara deve ser a mais ampla e abrangente possível das seguintes maneiras: (I) pela via extrajudicial ou judicial; (II) de modo consensual ou litigioso; (III) promovida de ofício ou mediante provocação; (IV) em âmbito administrativo ou por meio do acionamento do Poder Judiciário. Não à toa, o controle de convencionalidade faz parte da missão constitucional do Ministério Público.

Partindo de tais premissas, infere-se que o controle de convencionalidade tem feições distintas para o Ministério Público, embora essa seja uma atribuição de todos os órgãos estatais. Explica-se: ao se escusar à compatibilização vertical e material do direito internacional ao direito interno, quer pela via promocional ou demandista, quer por meio judicial ou extrajudicial, o Ministério Público, enquanto função essencial à Justiça, estará descumprindo mais do que um dever jurídico, estará negando a sua missão constitucional. O exame da convencionalidade, portanto, não é para o *Parquet* um simples instrumento jurídico à sua disposição, mas uma finalidade a ser perseguida, de forma imperiosa e inescusável, cujo descumprimento pode ensejar responsabilização nas mais diversas searas (MAZZUOLI; FARIA; OLIVEIRA, 2020, p. 89; 203-205).

4.1 O papel do Ministério Público no controle de convencionalidade

O Ministério Público não é a única instituição do Estado competente para realizar o controle de convencionalidade das leis. Em verdade, todos os órgãos públicos o são, na medida em que devem obediência ao ordenamento jurídico na sua atuação. Sucede que a posição constitucional de defensor do ordenamento jurídico faz do órgão ministerial um protagonista nessa atuação (MAZZUOLI; FARIA; OLIVEIRA, 2020, p. 35).

A ampliação da competência na realização do controle de convencionalidade foi reconhecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que expressamente consolidou em suas decisões o seu posicionamento quanto à legitimidade de todos os órgãos estatais e rechaçou a ideia, outrora defendida no direito internacional, de que este seria um papel exclusivo do Poder Judiciário – vide decisão proferida no caso *Garcia e Montiel Flores vs. México*, de 2010 (MAZZUOLI, 2019, p. 139).

De fato, o Poder Judiciário brasileiro ainda assume um papel central no controle de convencionalidade, já que possui como função típica julgar e decidir as controvérsias que lhe são postas. Todavia, isso não retira a importância dos demais órgãos nessa atuação, que ocorre em âmbitos distintos, fora da esfera jurisdicional. No caso do Ministério Público, embora não seja capaz de dar a última palavra sobre a convencionalidade das normas jurídicas no âmbito judicial, o faz no âmbito administrativo, dentro de sua competência institucional (MAZZUOLI; FARIA; OLIVEIRA, 2020, p. 94).

O Ministério Público, enquanto órgão estatal, tem o poder-dever de realizar o controle de convencionalidade. Pode também atuar de modo consultivo e opinativo, sem poder decisório, ou fazê-lo dentro de suas atribuições finalísticas (MAZZUOLI; FARIA; OLIVEIRA, 2020, p. 94). Quer neste caso, quer no outro, esse agir é destinado à sociedade como um todo e tem por objetivo final a preservação de direitos fundamentais, o ordenamento jurídico, o regime democrático de direito, e, sobretudo, os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, fundantes da Constituição de 1988 (RAMOS, 2003, p. 13-14).

O papel do Ministério Público no exame da convencionalidade revela-se ainda mais importante sob o viés social. Embora o manejo desse instrumento possa ocorrer pela via exógena – quando realizado pelos órgãos internacionais –, a via endógena, âmbito de atuação principal do *Parquet*, permite um diálogo mais efetivo e próximo com a sociedade, lidando diretamente com a realidade social, cultural, política e econômica do local onde os direitos humanos serão implementados. Por tais razões, além de o exercício do controle de convencionalidade pelo Ministério Público ser necessário à efetivação da Constituição, a sua atuação mostra-se bastante democrática, na medida em que consegue contemplar as peculiaridades e minúcias exigidas pelo

caso concreto, muitas vezes distante do olhar de outros órgãos. Desse modo, mais do que uma atuação jurídica, trata-se de uma atuação socialmente transformadora.

5 Conclusões

Apresentam-se, nesta etapa, de maneira objetiva, as conclusões obtidas com a realização desta pesquisa:

1. O surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos está atrelado à necessidade global de reconhecer direitos e concretizar o postulado da dignidade da pessoa humana.
2. O princípio da dignidade humana constitui, universalmente, o fundamento central de todo e qualquer direito fundamental e é a qualidade intrínseca ao ser humano que o protege do tratamento degradante, da discriminação e lhe garante juridicamente condições mínimas de sobrevivência.
3. Os tratados internacionais de direitos humanos surgem como uma rede de proteção em âmbito internacional que se soma à rede de proteção nacional, representando mais um mecanismo pelo qual os Estados podem ser juridicamente responsabilizados, caso não observem e implementem direitos relacionados à dignidade humana.
4. A Constituição de 1988 tem uma especial preocupação com relação à implementação e efetivação dos direitos humanos e representa um marco significativo no tema, pois reconheceu o caráter normativo e coercitivo das normas advindas de tratados internacionais e permitiu que seu cumprimento pudesse ser exigido, até mesmo, pela via jurisdicional.
5. Os tratados internacionais sobre direitos humanos em vigor no Brasil possuem especial importância, já que, além de reconhecerem e implementarem direitos, servem como viés interpretativo e implementam parâmetros axiológicos para a compreensão e interpretação do ordenamento jurídico nacional como um todo.
6. Para ser efetiva, a proteção dos direitos humanos exige que as normas do direito doméstico estejam em consonância com os

seus preceitos, motivo pelo qual a realização do controle de convencionalidade mostra-se imprescindível e objeto central dos estudos sobre o assunto.

7. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, diploma do qual o Brasil é signatário, determina que o controle de convencionalidade deve ser realizado primeiramente em âmbito nacional, e somente de forma subsidiária pela Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH).
8. O controle de convencionalidade pode ser conceituado como o necessário exame acerca da compatibilidade vertical e material existente entre as normas do direito interno e as normas oriundas de tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado.
9. O parâmetro a ser utilizado no controle de convencionalidade abrange os tratados de direitos humanos incorporados – independentemente do *status* jurídico com que são recepcionados – e a interpretação que lhes foi conferida Corte Interamericana (CIDH), intérprete última da Convenção Americana de 1969.
10. O controle de convencionalidade deverá prestigiar sempre a aplicação da norma mais benéfica ao ser humano (princípio *pro homine*), mesmo que dotada de grau hierárquico inferior.
11. Realizar o controle de convencionalidade constitui uma obrigação dos Estados, e a recusa em realizá-lo ou a sua realização de forma ineficiente podem ensejar a sua responsabilização, com possível imposição de sanções.
12. O Brasil passou a assumir, formalmente, o compromisso de realizar o controle de convencionalidade com a promulgação da EC n. 45/2004 e a inserção da cláusula de abertura constitucional aos tratados de direitos internacionais pelos §§ 2º e 3º no art. 5º da CF e, em nível global, com a ratificação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) – artigo 2º, item 2 – e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – artigo 2º.
13. O julgamento do RE n. 466.343-SP promoveu uma mudança de paradigma no Direito brasileiro na medida em que modificou a compreensão acerca da incorporação dos tratados sobre

direitos humanos ao conferir-lhes regime jurídico privilegiado – porquanto podem ser incorporadas com *status* de emenda constitucional ou supralegal –, pressuposto básico de todo controle de convencionalidade.

14. No Brasil, o controle de convencionalidade nacional não obsta a sua realização pelos órgãos internacionais (cuja atuação é subsidiária) e pode ser realizado juntamente com o controle de constitucionalidade, de forma autônoma e independente, estabelecendo-se entre estes mecanismos um sistema de proteção multinível, marcado pela interdisciplinaridade e complementaridade.
15. Para que se mostre efetiva, a proteção dos direitos humanos exige não só a incorporação de suas normas ao sistema doméstico, mas também a compatibilização deste último com o que determina o sistema internacional. Assim, até mesmo a Constituição deve ser interpretada consoante os tratados de direitos humanos ratificados de forma voluntária e consensual pelos Estados;
16. Em razão da implementação do controle de convencionalidade, o Brasil detém as seguintes obrigações: (I) criação de leis e interpretação de normas já existentes de acordo com a sistemática internacional; (II) revogação, invalidação e negativa de efeitos jurídicos a leis que sejam contrárias a tal sistemática; (III) e fiscalização acerca da implementação dos direitos humanos.
17. Tradicionalmente, o controle de convencionalidade foi atribuído como uma atividade a ser desenvolvida pelo Poder Judiciário, mas houve a modificação desse entendimento e a ampliação acerca dos legitimados para esse controle, cujo exercício passou a ser um poder-dever atribuído a todos os órgãos estatais, e, em especial, ao Ministério Público.
18. A Constituição brasileira de 1988 traçou um novo perfil para o Ministério Público ao lhe conferir, entre outros, autonomia, independência, e instrumentos para atuação na defesa dos direitos humanos, em nível nacional e internacional. O *Parquet* passou a ser visto não mais como um mero defensor das leis, mas como um verdadeiro guardião do ordenamento jurídico, que engloba as normas nacionais e os tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte.

19. Atendendo ao seu novo perfil, imposto pela Constituição de 1988, o Ministério Público tem priorizado, sempre que possível, uma atuação resolutiva, pela via extrajudicial e de forma negociada, aplicada, inclusive, na defesa dos direitos humanos.
20. O Ministério Público vem assumindo um protagonismo nesse cenário em razão das finalidades constitucionais que persegue. Por constituir o *Parquet* função essencial à Justiça, o controle de convencionalidade tem para si finalidade institucional, cuja escusa enseja sua responsabilização nas mais diversas searas jurídicas.
21. O exame de convencionalidade pela instituição é uma forma de efetivar direitos fundamentais, assegurar o regime democrático e proteger o ordenamento jurídico brasileiro, consoante determinação constitucional.
22. Por compor o controle de convencionalidade das normas uma finalidade institucional, o *Parquet* deve promovê-la da forma mais ampla e abrangente possível e deve utilizar todos os instrumentos e meios disponibilizados pelo ordenamento jurídico para este fim. Por isso, sua atuação pode se dar pelas vias extrajudicial ou judicial, de modo consensual ou litigioso, de ofício ou mediante provocação, em âmbito administrativo ou por meio do acionamento do Poder Judiciário.
23. O controle de convencionalidade realizado pelo Ministério Público permite que a norma internacional seja aplicada considerando as peculiaridades do caso concreto, a realidade cultural, política e econômica do local onde os direitos humanos serão implementados, fatores os quais, na maior parte dos casos, não são objeto do olhar de outros órgãos e instituições, demonstrando que o *Parquet*, além de seu papel jurídico, exerce importante função social.

Referências

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

BITTAR, Eduardo C. B. **Teoria do Estado**: filosofia política e teoria da democracia. 5. ed. rev., atual. e mod. São Paulo: Atlas, 2016.

COMPARATO, Fábio K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DINIZ, José J. B. **Ministério Público do Trabalho**: ação civil pública, ação anulatória, ação de cumprimento. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

HESSE, Konrad. **Série IDP**: temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Carlos Henrique B. **Ministério Público do Trabalho**: doutrina, jurisprudência e prática. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LINHARES, Emanuel A.; SEGUNDO, Hugo B. M. (org.). **Democracia e direitos fundamentais**: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. São Paulo: Atlas, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos na jurisprudência internacional**. Rio de Janeiro: Método, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. São Paulo: Atlas, 2020.

MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (coord.). **Estudos aprofundados do MPT**. Salvador: JusPodivm, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

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

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018b.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina; MAZZUOLI, Valerio. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, André de C. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RAMOS, André de C. Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano II, n. 7, p. 81-100, abr.-jun. 2003.

A construção geográfica do espaço constitucional como possibilidade de uma radicalização democrática: crítica feminista à dicotomia público vs. privado

Otávio Binato Júnior

Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

Resumo: O presente artigo busca articular conceitos das ciências sociais, em especial da Geografia, a partir das obras de Milton Santos e Jan Hutta, com a compreensão do fenômeno constitucional, no intuito de contribuir com a formação de uma verdadeira geografia do direito. Por fim verificam-se as possíveis contribuições desse espaço constitucional para a redução da desigualdade de gênero em países de passado colonial, como o Brasil.

Palavras-chave: constitucionalismo; Geografia; desigualdade de gênero; feminismo; teoria decolonial.

Sumário: 1 Introdução. 2 O conceito de espaço geográfico de Milton Santos. 3 Jan Hutta e a proposta temática de territórios afetivos. 4 A compreensão da Constituição como território afetivo e a crítica da teoria feminista da dicotomia público vs. privado. 5 Considerações finais.

1 Introdução

Nosso objetivo no presente texto é analisar a Constituição, bem como o sistema normativo dela decorrente, como um *espaço constitucional*, pensado a partir de conceitos geográficos. Se as teorias neoconstitucionalistas buscavam uma constitucionalização do direito (BARROSO, 2005), fenômeno ainda em curso, entendemos que é necessário ir além e constitucionalizar a realidade mesma. Para tanto, é preciso ir além de categorias de análise exclusivamente normativas e aproximar o direito dos saberes oriundos das ciências humanas, em uma

verdadeira cartografia do direito (SANTOS, 2000), tornando-o mais próximo da realidade social, notadamente em países como o Brasil, fortemente marcados por uma realidade de colonialismo, machismo, racismo e subalternização econômica (GÁNDARA, 2017).

Como objetivo específico, abordaremos os diálogos possíveis dessa aproximação do Direito Constitucional e da Geografia, sem pretensão de esgotar o tema, e a sua relação com a desigualdade de gênero na sociedade brasileira, desigualdade esta que é estrutural e estruturante e que impede um transbordamento dos princípios constitucionais no nosso modo de vida.

2 O conceito de espaço geográfico de Milton Santos

A partir da clássica conceituação do espaço de Milton Santos (2006), na qual o espaço geográfico é resultado da interação entre sistemas de objetos e sistemas de fluxos, propomos, com todos os riscos daí decorrentes, pensar o espaço constitucional a partir das categorias por ele desenvolvidas, com o intuito de explorar as possibilidades de expansão dos espaços sociais constitucionalizáveis, em particular no que se refere à desigualdade das relações de gênero, especialmente nos países de passado colonial, como o Brasil.

Segundo Santos (2006, p. 39), o sistema de objetos condiciona a forma como se dão as ações e, por outro lado, o sistema de ações, na medida em que se desenvolve, leva à criação, à modificação ou à extinção dos objetos existentes, todo esse processo se realizando dentro do fluxo temporal.

Importante ressaltar que, para a correta apreensão da teoria desenvolvida por Milton Santos, é necessário compreender que os conceitos de atos e ações (entendidos como componentes do sistema de ações) possuem um sentido bastante específico e rigoroso. Esta observação é pertinente na medida em que, na maioria das vezes, o transplante de conceitos de uma ciência para outra deve ser revestido de diversas cautelas.

Inspirado em T. Parsons & E. Shils (1952), E. Rogers (1962) nos lembra que um ato é formado de: 1) um comportamento orientado; 2) que se

dá em situações; 3) que é normativamente regulado; 4) que envolve um esforço ou uma motivação.

Um ato não é um comportamento qualquer, mas um comportamento orientado “no sentido de atingir *fins* ou objetivos” (E. Rogers, 1962, p. 301). Aliás, autores como B. Hindess (1987, pp. 138-139) e Schutz (1967, p. 61) também nos chamam a atenção para a distinção necessária entre comportamento e ação. Para Schutz (1967, p. 61), a ação é a execução de um ato projetado e o sentido da ação é o correspondente do ato projetado. E o ato supõe uma situação, sobre a qual se projeta a ação. Esta, segundo escreve A. Moles em sua *Phénoménologie de l'Action* (1974, p. 264) é um deslocamento visível do ser no espaço, criando uma alteração, uma modificação do meio. Um dos resultados da ação é, pois, alterar, modificar a situação em que se insere.

A ação é um processo, mas um processo dotado de propósito, segundo Morgenstern (1960, p. 34), e no qual um agente, mudando alguma coisa, muda a si mesmo. Esses dois movimentos são concomitantes. Trata-se, aliás, de uma das ideias de base de Marx e Engels. Quando, através do trabalho, o homem exerce ação sobre a natureza, isto é, sobre o meio, ele muda a si mesmo, sua natureza íntima, ao mesmo tempo em que modifica a natureza externa. (SANTOS, 2006, p. 50. Grifo no original.)

Ao aplicar as categorias de Milton Santos para o sistema jurídico, com as devidas cautelas, podemos compreender o sistema normativo enquanto um sistema de objetos, e o comportamento social de todos os atores envolvidos (doutrina, juristas da práxis, litigantes, Estado, cidadãos) como um sistema de ações. Assim, o sistema normativo funciona como um condicionante e balizador das ações dos atores sociais ligados ao campo jurídico, e as ações moldam, criam, constituem o formato e as interpretações das normas jurídicas em um contínuo temporal.

Entretanto, necessário ressaltar que as relações entre o sistema de objetos e o sistema de ações não operam mediante uma forma fixa e determinada, como em uma teoria estruturalista, por exemplo, em que as relações sociais se desenvolveriam de uma forma mais engessada. Por mais que o sistema de objetos condicione a ação humana, sempre há espaço para o agir criativo que opera sobre o sistema de objetos de forma reflexiva, modificando-o na sua forma e nas suas interpretações.

Como ressaltado por Milton Santos (2006, p. 230), sempre haverá possibilidades, que são oferecidas de formas distintas pelos diferentes lugares. Entende-se que o agir crítico e criativo depende da compreensão das possibilidades que cada lugar oferece e da capacidade de atuação voltada para o aproveitamento dessas possibilidades.

O Mundo, porém, é apenas um conjunto de possibilidades, cuja efetivação depende das oportunidades oferecidas pelos lugares. Esse dado é, hoje, fundamental, já que o imperativo da competitividade exige que os lugares da ação sejam global e previamente escolhidos entre aqueles capazes de atribuir a uma dada produção uma produtividade maior. Nesse sentido, o exercício desta ou daquela ação passa a depender da existência, neste ou naquele lugar, das condições locais que garantam eficácia aos respectivos processos. (SANTOS, 2006, p. 230).

3 Jan Hutta e a proposta temática de territórios afetivos

Jan Hutta (2019) adiciona um importante conceito para a análise do território, que é a sugestão de que os territórios são *inerentemente* afetivos, ou seja, que o afeto (ou o desafeto) é parte constitutiva da criação de um território. Além disso, o afeto constitui o território, mas também é constituído por este em uma sucessão de interações ao longo do tempo. Assim, o afeto cria, em alguma medida, o território, mas também é condicionado e modificado por ele. O processo de territorialização e desterritorialização ocorre a partir dessa interação entre os afetos e desafetos dos seres inseridos em uma temporalidade.

Acreditamos também ser possível pensar o direito a partir das metáforas territoriais de Hutta (2019), da mesma forma que o fizemos a partir dos conceitos de Milton Santos, não como oposição, mas sim como complementações de categorias analíticas. As normas jurídicas em geral, e a Constituição em particular, funcionam como um território constituído pelo afeto que os atores têm em relação a ela, ao mesmo tempo que é produtora e reprodutora de sentimentos que induzem um processo afetivo de aproximação/afastamento. Dito de outro modo, o direito e a Constituição, na medida em que estabelecem normas de comportamento, formas de agir, modos de ser, em uma verdadeira dimensão performativa (GOMES, 2018), criam os seres, ao mesmo tempo em que são criados e instrumentalizados por eles a partir de determinadas

estruturas econômicas, culturais e epistemológicas. A compreensão da dimensão performativa do direito é importante, pois explicita o fato de que o direito não apenas descreve ou prescreve "realidades", como na clássica dicotomia de ser vs. dever ser, mas cria realidades e constitui a atuação de seres dentro dessa realidade.

Mas não só o direito como atividade judicial assim se manifesta. Quando digo que o direito é um performativo, o que quero dizer é que o Direito é um performativo: os textos constitucionais, os legais e os da chamada "doutrina" ou "teoria" também são performativos. Prescrição e descrição não são tomadas como notas distintivas de duas instâncias do direito (a lei e a teoria), pelo contrário, performatização é o critério para analisar todo esse fenômeno jurídico-legal que cria uma realidade. E quando digo que o direito como performativo cria uma realidade, não estou falando apenas que ele cria a si mesmo, como autopoiese, como ato de criação da própria norma jurídica. Falo da criação de realidades, e uma interessa mais: a realidade do "humano" na matriz colonial do gênero, por meio do uso de categorias como povo, dignidade da pessoa humana e sujeito de direitos, por meio, portanto, da linguagem jurídico-constitucional. (GOMES, 2018, p. 350).

Para Hutta (2019, p. 16), o afeto deve ser compreendido como uma circunstância processual e relacional, que decorre do encontro entre corpos que, ao se encontrarem, provocam relações recíprocas de afeto e desafeto. As relações entre os corpos os constituem e são por eles constituídas em um fluxo temporal, contínuo e infinito. Fundamental para os propósitos deste artigo é a compreensão de que, ao contrário do entendimento ordinário, corpo não é entendido tão somente como algo físico, devendo ser compreendido da forma mais ampla possível como um animal, um som, uma mente, uma ideia, um corpo linguístico etc. (HUTTA, 2019, p. 17). Por esta razão, com base nos argumentos expostos pelo autor, entendemos ser plenamente possível a compreensão de uma constituição como um "corpo", no exato sentido proposto por Hutta, como capaz de gerar afeto e ser modificada pelo afeto de outros corpos, deixando de lado expressões como a tradicional "corpo normativo" ou similares, que são portadoras de um sentido mais objetivo. Os encontros positivos gerando sentimentos de aproximação e os encontros negativos deflagrando sentimentos de repulsa.

Good encounters combine well with a body, intensifying certain of its relations. These encounters generate "felicitous" affect: they make somebody

– or at least part of some “body” – “happy”, as they increase its capacity to act. Conversely, negative encounters cause “sad” affect, as they diminish its capacity to act. Different bodies are seen as having differential capacities of affecting and being affected by other bodies without being destroyed. Encounters thus modify the intensities of bodily relations, engendering ongoing variations of “happiness” and “sadness”, even if only in very minute and subtle ways (see BROWN and STENNER, 2001). This basic conception has opened up an analytic approach that starts out from relationally shaped capacities of acting, rather than from human needs or values. Bodies are defined here, not so much through their given forms and properties, but through their intensities, which are related to their specific capacities of affecting and being affected. As these capacities show only in relational encounters and interactions, differentiating and defining bodies in abstract and ideal ways is of little purchase. (HUTTA, 2019, p. 16).^[1]

4 A compreensão da Constituição como território afetivo e a crítica da teoria feminista da dicotomia público vs. privado

Quando a Constituição em vigor consegue gerar afetos positivos na sociedade em geral e nos atores do campo jurídico em particular, o que depende da adequação da Constituição ao contexto social, econômico, político, cultural em que ela está operando, é incrementado o sentimento constitucional (VERDÚ, 2004) que as pessoas nutrem em relação ao sistema normativo dela decorrente. Uma Constituição que logra êxito em promover afetos positivos, na exata medida em que é constituída por esses afetos e simultaneamente os constitui, participa decisivamente da formação de uma sociedade mais propensa a propagar e difundir os valores constitucionalmente previstos.

Questão que se impõe é a possibilidade de diálogos entre esta cartografia do direito e a forma como nosso sistema jurídico pode reestruturar a sociedade, de modo a minimizar ou extinguir a desigualdade de poder entre os gêneros.

Na América Latina em geral, e no Brasil em particular, nossa realidade é deveras distinta em relação aos países do Norte global. Não se nega a relevância dos conceitos analíticos utilizados por autores da Europa e dos Estados Unidos; todavia, esses conceitos devem ser utilizados quando, de algum modo, contribuem para a compreensão das

nossas sociedades, não devendo ser utilizados de forma acrítica ou de modo a meramente preencher conceitos que nada têm a ver com as realidades que se deseja compreender.

Os países latino-americanos foram forjados em um contexto colonial, machista, racista e de subordinação econômica, razão pela qual uma teoria do constitucionalismo ou dos direitos humanos que não tome em consideração essa realidade está fadada ao fracasso, por não conseguir explicar as complexidades de nosso modelo civilizatório (BRAGATO, 2009).

No Brasil, dados o nosso passado e o nosso presente, com a simultaneidade de temporalidades distintas, nosso constitucionalismo é marcado pela presença espectral das ausências, consistentes nos projetos de emancipação fracassados, propostas que poderiam ter sido e não foram, constitucionalismos alternativos abortados no curso da história (PINHEIRO, 2019). Urge que trabalhemos nessa proposta de presentificação das ausências, entre as quais, para o propósito do nosso texto, a igualdade de gênero, que, sem dúvida, opera como um desses espectros a demandar o seu reconhecimento.

Um dos instrumentos mais poderosos para a constituição de uma desigualdade de gênero ou para sua manutenção é a dicotomia público vs. privado, engendrada no paradigma político liberal. A esfera pública seria o local de desenvolvimento da cidadania, espaço sob a potencial influência do espaço e do sistema normativo em geral. Por outro lado, a esfera privada é o local da intimidade, da família, da vida doméstica, dotada de relativa opacidade em relação à influência do Estado (OKIN, 2008).

Essa dicotomia entre o público e o privado, ou talvez a compreensão hegemônica sobre tal dicotomia, é um dos maiores obstáculos à desconstrução da desigualdade de gênero e das suas consequências na estruturação da sociedade, como o regime patriarcal, na exata medida em que oblitera a influência dos princípios constitucionais nas relações travadas no âmbito doméstico, a pretexto de que essas questões sejam resolvidas na esfera íntima (OKIN, 2008).

Se, conforme Bresciani (2017), a cidade/urbano, como espaço eminentemente público, guarda para si as características da racionalidade,

da abertura, das infinitas possibilidades de manifestações de pensamento, discussões, debates políticos, ao espaço doméstico são reservados o tradicionalismo, a opressão, o patriarcalismo, no sentido de reforçar no privado a desigualdade de gênero que é levada ao espaço público. Assim, a partir de uma perspectiva histórica, o espaço público ficou reservado quase que exclusivamente ao gênero masculino, e o espaço privado ao gênero feminino, com todas as consequências daí decorrentes (ARMSTRONG; SQUIRES, 2002). As críticas à dicotomia público/privado basicamente podem ser subdivididas em três níveis:

These critiques fall into three broad strands: the first of which criticizes the premises of liberalism as being androcentric, the second criticizes the extent to which elements of the classical tradition are imported into the liberal model of social contract theory and the third criticizes the actual patriarchal practices of "liberal" regimes. (ARMSTRONG; SQUIRES, 2002, p. 263).^[2]

O advento do Estado liberal, a pretexto de inaugurar uma nova era em que a racionalidade, a liberdade e a soberania popular seriam os pontos de partida e de chegada, em detrimento da religião, do tradicionalismo e do absolutismo, fomentou de forma decisiva, inclusive (e principalmente) do ponto de vista político, as estruturas sociais que fossilizaram a desigualdade de gênero até os dias atuais (ARMSTRONG; SQUIRES, 2002, p. 263).

Como se sabe, as fundações de nosso sistema político moderno repousam sobre bases contratualistas, notadamente a partir da obra de Hobbes, Locke e Rousseau. Essas teorias repousam, em apertada síntese, em um modelo de humano abstrato, racional e universal, que voluntariamente decide deixar o estado de natureza para se juntar à sociedade civil organizada. Entretanto, e aqui a denúncia das teóricas feministas é fundamental, esse modelo de humano racional adotado pelos contratualistas invariavelmente é homem, branco, cisgênero e heteroafetivo, não contemplando, de modo algum, a diversidade existente na sociedade, sendo certo que tal modelo não é universalizável nem nos países centrais do Norte, muito menos nos países do Sul global (RAMOS, 2016).

Fundamental a análise levada a termo pela filósofa britânica Carole Pateman, que, em sua obra intitulada *O contrato sexual* (1993), faz

uma crítica profunda à fundação das sociedades democráticas do Ocidente, baseadas na figura política do contrato social, uma vez que, para a teoria feminista, o contrato social que criou a liberdade para os homens instituiu a sujeição das mulheres como seu reverso. Abriu a esfera pública para o gênero masculino e confinou o gênero feminino na esfera privada, sendo esse arranjo decisivo para a instituição do regime de patriarcado. Para Pateman (1993), a teoria contratualista, ao dividir a sociedade civil em esfera pública e esfera privada, lançou as bases para a liberação masculina e a sujeição feminina.

A filosofia política do liberalismo, ao centrar-se na explicação da sociedade como fruto de um contrato social, real ou fictício, facilitou e acentuou a dominação masculina ao instituir a dicotomia público vs. privado, sendo a esfera pública o âmbito de atuação quase que exclusivo dos homens, e o âmbito privado/doméstico o local por excelência de atuação das mulheres.

This critique of the public/private distinction is complemented by a second, which focuses on contract. Here the object of concern is not the rational liberal individual, but liberalism's origins in social contract theory. This contract-based critique places the subjectivity-based critique in a historical context. The focus is the particular social and political forces that created the situation in which women were confined to a private, domestic, care-taking role whilst men were presumed to be able to move freely between the private (domestic) and the public (civil society and state) spheres. (ARMSTRONG; SQUIRES, 2002, p. 264).^[3]

Retomando as categorias de análises de Milton Santos (2000), pensando o espaço jurídico em termos geográficos, temos um sistema de objetos (sistema normativo), estruturado de forma a garantir, reificar e perpetuar a dominação masculina, que condiciona o sistema de ações (ações dos indivíduos), confinando a mulher ao espaço doméstico, ao mesmo tempo que mantém a opacidade desse espaço doméstico aos princípios constitucionais e conquista de direitos. Por sua vez, conforme já visto, o sistema de ações atua reflexivamente na constituição, manutenção e interpretação dos sistemas de objetos.

A segunda onda do movimento feminista, que ocorreu por volta da década de 1970, compreendeu as origens e a forma como esse sistema de dominação masculina atuava socialmente (SILVA; GUINDANI,

2018). Como estratégia de atuação, adotou-se o lema “o pessoal é político”. Dessa forma, o objetivo primário era chamar atenção para a forma principal de atuação do sistema patriarcal, que garantia o acesso dos homens à esfera pública, ao passo que restringia as mulheres ao espaço doméstico ou, quando estas ascendiam à esfera pública, o faziam em uma posição subalternizada (OKIN, 2008). O objetivo secundário dessa estratégia era o de buscar que as relações pessoais travadas no âmbito doméstico se politizassem, de forma que a elas se aplicassem as mesmas regras das relações travadas no espaço público.

O que, então, outras feministas, assim como as mais radicais, querem dizer com “o pessoal é político”? Nós queremos dizer, primeiramente, que o que acontece na vida pessoal, particularmente nas relações entre os sexos, não é imune em relação à dinâmica de poder, que tem tipicamente sido vista como a face distintiva do político. E nós também queremos dizer que nem o domínio da vida doméstica, pessoal, nem aquele da vida não-doméstica, econômica e política, podem ser interpretados isolados um do outro. (OKIN, 2008, p. 314).

Um dos resultados mais facilmente observáveis dessa politização da vida privada, que, em virtude da estrutura social, é mais perceptível em países latino-americanos, foi a criação de uma série de leis e políticas públicas voltadas à proteção da mulher no espaço doméstico, espaço que, conforme já analisado, era mais vulnerável em função da opacidade da vida privada às regras vigentes na esfera pública.

A década de 1990 foi notável pela criação de inúmeras leis de proteção às mulheres, fenômeno este que ocorreu de forma relativamente simultânea em todos os países da América Latina. Países como Argentina, Bolívia, Chile, Guatemala, República Dominicana, Uruguai e Brasil, entre outros, elaboraram leis protetivas às mulheres (ONU MULHERES, 2017). Toda esta legislação, em apertada síntese, reconhece em primeiro lugar a existência de uma desigualdade de gênero decorrente da estrutura social, institui políticas públicas de educação e conscientização com o fito de minimizar essa desigualdade no médio e no longo prazo e, por fim, utiliza-se do Direito Penal como forma de punição para a violência contra a mulher, tanto na forma de criação de tipos penais específicos quanto com a instituição de agravantes e qualificadoras para os tipos penais já existentes.

5 Considerações finais

Percebe-se que está em curso um movimento cujo objetivo é minimizar, e no longo prazo extinguir, a desigual distribuição de poder entre os gêneros na sociedade atual. A concretização da politização das relações sociais, antes confinadas ao espaço doméstico, tem-se revelado uma estratégia eficiente de atuação, na medida em que permitiu uma proteção estatal mais eficaz às mulheres. O sistema normativo, em geral, e o espaço constitucional, em particular, possuem um papel de especial relevo, na medida em que balizam, em certa medida, o funcionamento regular da sociedade, criando comportamentos esperados socialmente e fundando categorias sociais de atuação normativa.

A compreensão do sistema normativo a partir de conceitos da Geografia, como os sistemas de objetos e sistemas de ações de Milton Santos (2006), bem como a compreensão do direito como um espaço constituído e constituinte de afetos, na forma proposta por Jan Hutta (2019), podem auxiliar na estratégia de atuação dos juristas comprometidos com uma modificação da realidade, na medida em que fornecem novas categorias de análise da relação entre o direito, as ciências sociais e o agir dos atores sociais dentro da sociedade.

Assim, com a gradativa e incessante elaboração dessa cartografia do direito, entendida como um projeto sempre em curso e nunca findo, avaliando o modo como este constitui e é constituído pelos espaços sociais, a forma como condiciona e é condicionado pelos afetos e desafetos da sociedade em relação ao sistema normativo vigente, acreditamos restar facilitada a construção de um novo campo crítico de teorizações, apto a viabilizar uma nova forma de constituição da realidade. Esse novo paradigma deve ser pautado por uma radicalização da democracia, levando a efeito uma constitucionalização da realidade, com o transbordamento de todos os princípios constitucionais, como a liberdade e a igualdade, para dentro de todas as relações sociais, estejam elas estabelecidas no âmbito público ou na esfera doméstica.

Referências

- ARMSTRONG, Chris; SQUIRES, Judith. Beyond the public/private dichotomy: relational space and sexual inequalities. **Contemporary Political Theory**, v. 3, p. 261-283, out. 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [s. l.], v. 240, p. 1-42, 2005.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial**. 2009. 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2009.
- BRESCIANI, Maria Stella Martins. Dimensões do estar no mundo/cidades: o público, o privado, o íntimo. In: BRITTO, Fabiana Dutra; JACQUES, Paola Berensteins (org.). **Corpocidade: gestos urbanos**. Salvador: EDUFBA, 2017. v. 1.
- DEUS, Alicia; GONZALEZ, Diana. **Análisis de legislación sobre femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe e insumos para una ley modelo**. ONU Mulheres, 2018. Disponível em: <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2018/12/analisis-legislacion-feminicidio-femicidio-modelo-de-ley>. Acesso em: 17 maio 2021.
- GÁNDARA, Manuel. Hacia una teoría no-colonial de derechos humanos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 3117-3143, 2017.
- GOMES, Camila de Magalhães. Constituição e feminismo entre gênero, raça e direito: das possibilidades de uma hermenêutica constitucional antiessencialista e decolonial. **História: Debates e Tendências**, Passo Fundo, v. 18, n. 3, p. 343-365, ago. 2018.
- HUTTA, Jan Simon. Affective territories: cartography of *aconchego* as cartography of power. **Revista Geografia em Atos**, São Paulo, n. 12, v. 5, p. 8-36, 2019.
- OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. (Tradução de Flávia Biroli). **Revista Estudos Feministas**, [s. l.], v. 16, n. 2, p. 305-332, ago. 2008.
- PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. O constitucionalismo espectral: presença, tempo e narrativa à luz de Roque Larraquy. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [s. l.], v. 20, n. 3, p. 199-224, dez. 2019.

RAMOS, Emerson Erivan de Araújo. Teoria política feminista e crítica à cidadania liberal. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 133-160, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço**: técnica e tempo. Razão e emoção. 4. ed. São Paulo: Edusp, 2006.

SILVA, Christine Oliveira Peter da; GUINDANI, Talita Ferreira. Os direitos fundamentais das mulheres na Constituição de 1988. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coord.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 309-335.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política (tradução Agassiz Almeida Filho). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Notas

- [1] “Bons encontros combinam bem com um corpo, intensificando algumas de suas relações. Esses encontros geram afetos ‘felizes’: tornam alguém – ou pelo menos parte de algum ‘corpo’ – ‘feliz’, pois aumentam sua capacidade de agir. Por outro lado, os encontros negativos causam afeto ‘triste’, pois diminuem sua capacidade de agir. Corpos diferentes são vistos como tendo capacidades diferenciadas de afetar e serem afetados por outros corpos sem serem destruídos. Os encontros modificam, assim, as intensidades das relações corporais, engendrando variações contínuas de ‘felicidade’ e ‘tristeza’, mesmo que de forma muito minuciosa e sutil (ver BROWN e STENNER, 2001). Essa concepção básica abriu uma abordagem analítica que parte das capacidades de agir relacionalmente moldadas, e não das necessidades ou valores humanos. Os corpos são definidos aqui não tanto por suas formas e propriedades dadas, mas por suas intensidades, que se relacionam com suas capacidades específicas de afetar e ser afetado. Como essas capacidades se mostram apenas em encontros e interações relacionais, diferenciar e definir corpos de maneiras abstratas e ideais é de pouco valor” (tradução nossa).
- [2] “Essas críticas se dividem em três grandes vertentes: a primeira, critica as premissas do liberalismo como sendo androcêntricas; a segunda, critica a extensão em que elementos da tradição clássica são importados para o modelo liberal da teoria do contrato social; e a terceira, critica a atual prática patriarcal dos regimes ‘liberais’” (tradução nossa).
- [3] “Essa crítica da distinção público/privado é complementada por uma segunda, que se concentra no contrato. Aqui o objeto de preocupação não é o indivíduo liberal racional, mas as origens do liberalismo na teoria do contrato social. Essa crítica baseada no contrato situa a crítica baseada na subjetividade em um contexto histórico. O foco são as forças sociais e políticas particulares que criaram a situação em que as mulheres eram confinadas a um papel privado, doméstico, de cuidado, enquanto se presumia que os homens podiam circular livremente entre o privado (doméstico) e o público (sociedade civil) e esferas estatais” (tradução nossa).

Divisão sexual do trabalho: entre o trabalho produtivo e reprodutivo, os anos passam e a mulher permanece sendo o Outro

Renata Oliveira Magalhães

Analista de Apoio Jurídico do MPU, lotada na Procuradoria Regional do Trabalho da 15^a Região. Pós-graduada em Direito Aplicado ao Ministério Público da União pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp).

“É bem verdade que a ‘escravidão a uma linha de montagem’ não é em si a ‘libertação da pia da cozinha’, mas a linha de montagem, sem dúvida, é o mais poderoso incentivo para que a mulher pressione pela eliminação da sua escravidão doméstica.”

(Angela Davis)

Resumo: O presente artigo foi elaborado para tratar da divisão sexual do trabalho como um obstáculo à concretização da isonomia entre os sexos, com o intuito de dar ênfase a esse tema pouco discutido, apesar da sua grande relevância. Com esse objetivo, foi realizada uma análise bibliográfica, com um enfoque histórico e sociológico, para delimitação do tema e compreensão dos conceitos de trabalho produtivo e reprodutivo, e das consequências decorrentes do aprisionamento da mulher aos afazeres domésticos. Além disso, realizou-se análise estatística de dados para demonstrar como a divisão sexual do trabalho se mostra em nossa sociedade, e, por fim, tratou-se do destaque conferido a esse tema pela pandemia de covid-19, diante da sobrecarga de trabalho imposta às mulheres durante esse período.

Palavras-chave: trabalho da mulher; divisão sexual do trabalho; trabalho produtivo e trabalho reprodutivo; discriminação da mulher; covid-19.

Sumário: 1 Introdução. 2 Cem anos se passaram e a mulher permanece sendo o Outro. 3 A divisão sexual do trabalho. 4 Desigualdade em números: dados do IBGE. 5 A pandemia de covid-19 e a divisão sexual do trabalho. 6 Conclusão.

1 Introdução

A divisão sexual do trabalho é um tema de grande relevância para a compreensão do tratamento conferido à mulher pela sociedade ao longo da história, essencial para o entendimento das condições que possibilitaram a criação do arquétipo no qual a mulher foi encerrada. O presente artigo foi escrito a partir da percepção de que esse tema, apesar da sua importância, não recebe a atenção merecida e de que a pandemia de covid-19, ainda que por vias indiretas, acabou conferindo maior exposição a esse debate.

Tendo como ponto de partida a obra de Virginia Woolf, constatou-se que as dificuldades enfrentadas pelas mulheres nos séculos passados ainda constituem obstáculos à emancipação feminina atualmente. Diante disso, buscou-se expor, com base em uma pesquisa bibliográfica e com uma abordagem histórica e sociológica, como se consolidou a opressão da mulher, como o fortalecimento do patriarcado ditou a forma como a mulher se relaciona com o trabalho e como a sociedade capitalista contribuiu para a delimitação e desvalorização das atividades tradicionalmente destinadas às mulheres.

Para consolidar a exposição teórica apresentada, realizou-se análise de dados estatísticos com o intuito de verificar a concretização da divisão sexual do trabalho na atualidade, buscando-se observar os reflexos das desigualdades de gênero nas relações de trabalho, inclusive quanto ao trabalho não remunerado realizado na esfera privada (trabalho reprodutivo).

Como consequência lógica dos dados apresentados, demonstrou-se como a mulher está sendo mais afetada do que o homem pela pandemia do novo coronavírus, seja pela grande exposição ao contágio vivenciada pelas trabalhadoras domésticas, seja pela necessidade de cumular o trabalho produtivo, ainda que realizado remotamente, com o trabalho reprodutivo, que aumentou exponencialmente.

Com o objetivo de expor as consequências do confinamento da mulher ao trabalho reprodutivo, impedindo-a, muitas vezes, de encontrar a transcendência proporcionada pelo trabalho produtivo, este artigo buscou colocar em pauta a divisão sexual do trabalho e os seus reflexos na sociedade.

2 Cem anos se passaram e a mulher permanece sendo o Outro

Em 1928, Virginia Woolf escreveu que, em cem anos, as mulheres deixariam de ser o sexo protegido, afirmando, talvez sem a percepção de que o futuro a provaria um tanto quanto otimista:

Logicamente, participarão de todas as atividades e de todos os trabalhos que antes lhes eram negados. A babá carregará carvão. A quitandeira vai operar uma máquina. Todas as suposições baseadas nos fatos observados quando as mulheres eram o sexo protegido terão desaparecido. (WOOLF, 2019, p. 55).

Entretanto, quase cem anos se passaram desde que a autora escrevera o ensaio "Um quarto só seu",^[1] e ainda está distante a plena concretização das suas palavras. De fato, passados noventa e dois anos, algumas babás carregam carvão e um pequeno número de quitadeiras operam máquinas, mas a grande maioria das mulheres permanece presa à divisão sexual do trabalho.

Essa obra foi concebida quando a autora fora convidada para palestrar sobre o tema "as mulheres e a literatura", na qual apresentou uma reflexão sobre o diminuto número de escritoras ao longo da história e concluiu que "uma mulher, se quiser escrever literatura, precisa ter dinheiro e um quarto só seu" (WOOLF, 2019, p. 6). A autora narrou parte das dificuldades vivenciadas pelas mulheres ao longo dos séculos para dedicarem-se à arte da escrita, demonstrando que não basta o talento inato, é preciso ter acesso a certas condições para desenvolver esse talento, como tempo, dinheiro e um local onde possa pensar em paz, um quarto só seu. Para Virginia Woolf, uma renda fixa representa o "poder de contemplar", e uma tranca na porta do quarto significa o "poder de pensar por si só". Afirmou a autora:

A liberdade intelectual depende de coisas materiais. A poesia depende da liberdade intelectual. E as mulheres sempre foram pobres, não por meros duzentos anos, mas desde o começo dos tempos. As mulheres têm tido menos liberdade intelectual do que os filhos dos escravos atenienses. As mulheres, então, não têm tido a menor chance de fazer poesia. Foi por isso que dei tanta ênfase ao dinheiro e a um quarto só seu. (WOOLF, 2019, p. 48).

E ao tratar das possíveis “desculpas” para que as mulheres não tenham realizado diversas conquistas tradicionalmente atribuídas aos homens (comandado exércitos, abalado impérios ou escrito as peças de Shakespeare), esclareceu:

Qual é a desculpa de vocês? Acham que liquidam o assunto ao dizer, apontando as ruas, as praças, as florestas do globo repletas de habitantes brancos, negros e pardos, todos muito ocupados em comerciar, empreender e copular: tínhamos outros trabalhos a fazer. Sem nossa atividade, aqueles mares não seriam percorridos, aquelas terras férteis seriam um deserto. Geramos, criamos, alimentamos, lavamos, ensinamos, talvez até os seis ou sete anos de idade, o bilhão e 623 milhões de seres humanos que, segundo as estatísticas, existem atualmente, e isso, admitindo que algumas tiveram ajuda, toma tempo. (WOOLF, 2019, p. 154-154).

A falta de liberdade para as mulheres exercerem uma profissão não é exclusividade da literatura. Em verdade, o confinamento da mulher à esfera doméstica reduziu drasticamente as suas oportunidades de desenvolvimento profissional, e a modernidade não transformou totalmente essa realidade. Como bem explanado por Virginia Woolf, as mulheres são as grandes responsáveis por gerar, criar, alimentar, lavar e ensinar os 7,6 bilhões de seres humanos que existem atualmente, e isso, de fato, toma muito tempo.

Na sociedade patriarcal, muito foi e continua sendo imposto ao sexo feminino, de modo que as escolhas das mulheres sempre foram limitadas pela cultura, religião e costumes (ditados e construídos pelo sexo oposto). Simone de Beauvoir (2019, p. 13, v. 1), em sua obra *O segundo sexo*, apresentou a construção da mulher como o *Outro*, tendo afirmado que a humanidade é masculina, que o homem define a mulher não em si, mas relativamente a ele, por isso ela não é considerada um

ser autônomo: "a fêmea é o inessencial perante o essencial. O homem é o Sujeito, o Absoluto; ela é o Outro". Afirmar a autora:

Economicamente, homens e mulheres constituem como que duas castas; em igualdade de condições, os primeiros têm situações mais vantajosas, salários mais altos, maiores possibilidades de êxito do que suas concorrentes recém-chegadas. Ocupam, na indústria, na política etc., maior número de lugares e os postos mais importantes. Além dos poderes concretos que possuem, revestem-se de um prestígio cuja tradição a educação da criança mantém: o presente envolve o passado, e no passado toda a história foi feita pelos homens. No momento em que as mulheres começam a tomar parte na elaboração do mundo, esse mundo ainda é um mundo que pertence aos homens. (BEAUVOIR, 2019, p. 17, v. 1).

Para Beauvoir, diferentemente do que foi pregado intensamente nos séculos passados acerca das características naturais inerentes ao "sexo frágil", as diferenças biológicas existentes entre os sexos não bastam para afirmar a primazia de um deles quanto ao papel que desempenha na perpetuação da espécie; não bastam para justificar a opressão historicamente praticada pelo *Sujeito*, o homem, em face do *Outro*, a mulher. Afinal,

Não é enquanto corpo, é enquanto corpos submetidos a tabus, a leis, que o sujeito toma consciência de si mesmo e se realiza: é em nome de certos valores que ele se valoriza. E, diga-se mais uma vez, não é a fisiologia que pode criar valores. [...] o corpo da mulher é um dos elementos essenciais da situação que ela ocupa neste mundo. Mas não é ele tampouco que basta para a definir. Ele só tem realidade vivida enquanto assumido pela consciência através das ações e no seio de uma sociedade; a biologia não basta para fornecer uma resposta à pergunta que nos preocupa: por que a mulher é o Outro? Trata-se de saber como a natureza foi nela revista através da história; trata-se de saber o que a humanidade fez da fêmea humana. (BEAUVOIR, 2019, p. 64-65, v. 1).

Tratar do que a humanidade fez da fêmea humana seria por demais complexo para o presente estudo. Pode-se apenas aduzir que, segundo Beauvoir (2019, p. 96, v. 1), apesar de não serem a resposta para a submissão imposta à mulher, as condições biológicas influenciam o seu destino desde o surgimento da espécie humana, na medida em que a gravidez, o parto, a menstruação diminuíam a sua capacidade para

o trabalho e colocavam-na à mercê da proteção masculina, para a defenderem dos seus inimigos, para conseguirem alimentos para sua manutenção e a da sua prole, especialmente nos tempos remotos da pré-história em que sobreviver era o maior desafio da espécie.

No entanto, como ensina Angela Davis (2020, p. 227), durante as primeiras eras da história da humanidade, "a divisão sexual do trabalho no interior do sistema de produção econômica era complementar, e não hierárquica", pois a ambos os sexos eram atribuídas incumbências econômicas essenciais para a sobrevivência de sua comunidade. Diante disso, ainda que a mulher desempenhasse um papel central nas atividades domésticas, esse trabalho era produtivo, tão respeitado e valorizado quanto o trabalho desempenhado pelo homem. Citando Friedrich Engels (1973), a autora argumenta que "a desigualdade sexual, como a conhecemos hoje, não existia antes do advento da propriedade privada".

Essa opressão infligida à mulher assumiu novos contornos com o crescimento da industrialização e do capitalismo, responsáveis pela drástica desvalorização do trabalho doméstico, decorrente da transferência da produção econômica da casa para a fábrica e da "separação estrutural entre a economia familiar doméstica e a economia voltada ao lucro do capitalismo" (DAVIS, 2020, p. 230). Como o trabalho doméstico não gera lucro, passou a ser considerado um trabalho inferior quando comparado à atividade assalariada capitalista, como será mais bem analisado adiante.

Em suma, observa-se que as circunstâncias em que vivem homens e mulheres não resultam de um destino biológico, mas principalmente de construções sociais (KERGOAT, 2009, p. 67). O fortalecimento da sociedade patriarcal possibilitou a criação de um arquétipo no qual, até os dias atuais, permanece confinada a mulher, que, habituada às imposições externas acerca da sua função na sociedade, acaba contribuindo para a reprodução desse modelo, perpetuando o ideal do "ser feminino" e demonstrando que, de fato, não se nasce mulher, torna-se:

Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado, que qualificam de

feminino. Somente a mediação de outrem pode constituir um indivíduo como um *Outro*. (BEAUVOIR, 2019, p. 11, v. 2).

Após uma breve abordagem de um tema profundo e repleto de nuances, foi possível expor, ainda que de forma superficial, a posição em que a mulher vem sendo colocada ao longo da história. Embora seja inegável que houve uma evolução, é notório que a mulher ainda figura como o *Outro*, que as transformações têm ocorrido de forma muito lenta e que cem anos não foram suficientes para findar as desigualdades impostas ao sexo feminino e para libertar a mulher da divisão sexual do trabalho.

3 A divisão sexual do trabalho

A divisão sexual do trabalho foi conceituada pela socióloga Danièle Kergoat (2009, p. 67) como a forma de divisão do trabalho decorrente das relações sociais de sexo, sendo historicamente adaptada a cada sociedade. Segundo a autora, a principal característica dessa divisão é a destinação dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, a partir disso, a ocupação pelos homens das funções de forte valor social agregado.

Por meio dessa divisão, restou consignado, inicialmente, que cabe ao homem o desempenho do *trabalho produtivo*, de âmbito público, valorizado, consagrando-o como provedor da família, ao passo que à mulher cabe o *trabalho reprodutivo*, restrito à esfera privada (doméstica), marcado pela repetição e pela desvalorização, geralmente realizado de forma gratuita. Apesar de essencial à manutenção da vida e bem-estar de todos os membros da família, e, conseqüentemente, de toda a sociedade, o trabalho doméstico, por não produzir lucro, não é reconhecido, torna-se invisível. Nesse sentido, cumpre citar Angela Davis (2020, p. 225):

Assim como as obrigações maternas de uma mulher são aceitas como naturais, seu infinito esforço como dona de casa raramente é reconhecido no interior da família. As tarefas domésticas são, afinal de contas, praticamente invisíveis [...]. Invisíveis, repetitivas, exaustivas, improdutivas e nada criativas – esses são os adjetivos que melhor capturam a natureza das tarefas domésticas.

No que diz respeito às origens do trabalho produtivo e reprodutivo, Silvia Federici (2017, p. 144) afirmou que as mulheres encontraram dificuldades maiores que as dos homens para se sustentar quando a terra foi privatizada e as relações monetárias começaram a dominar a vida econômica, tendo sido confinadas ao trabalho reprodutivo no momento da sua desvalorização. Esse fato decorreu da substituição da economia de subsistência, que havia predominado na era pré-capitalista, pela monetária, o que gerou a cisão entre as atividades produtivas e reprodutivas – a “produção-para-o-uso” foi superada pela “produção-para-o-mercado” como atividade criadora de valor. Esclarece a autora:

No novo regime monetário, somente a produção-para-o-mercado estava definida como atividade criadora de valor, enquanto a reprodução do trabalhador começou a ser considerada como algo sem valor do ponto de vista econômico e, inclusive, deixou de ser considerada um trabalho. O trabalho reprodutivo continuou sendo pago – embora em valores inferiores – quando era realizado para os senhores ou fora do lar. No entanto, a importância econômica da reprodução da força de trabalho realizada no âmbito doméstico e sua função na acumulação do capital se tornaram invisíveis, sendo mistificadas como uma vocação natural e designadas como “trabalho de mulheres”. (FEDERICI, 2017, p. 145).

A partir dessa explicação, restam mais claros os conceitos de trabalho produtivo (dirigido a gerar bens e serviços a serem comercializados pelo mercado com o intuito de produzir lucro) e trabalho reprodutivo (desprovido de caráter mercantil, caracterizado pelas atividades indispensáveis à própria reprodução humana, assim como pelo conjunto de tarefas necessárias à manutenção da vida, como alimentação, cuidados físicos, educação, limpeza etc.). Nesse contexto, tendo em vista que o trabalho doméstico não gera lucro, foi considerado um trabalho inferior quando comparado à atividade assalariada capitalista.

O meio de produção capitalista, portanto, possuiu relevante papel na imputação do caráter subsidiário ao trabalho da mulher, sendo importante citar o entendimento de Heleieth Saffioti (1976, p. 130) a esse respeito:

Ao invés, pois, de se constatar uma associação negativa entre desenvolvimento das forças produtivas e a utilização de critérios irracionais

para a legitimação da ordem social vigente, verifica-se que a associação entre os dois fenômenos mencionados é altamente positiva, embora sutil. Deste modo, a formação econômico-social capitalista, estágio mais avançado das sociedades baseadas na propriedade privada dos meios de produção, se configura como aquela que, por ter desnudado o fundamento econômico de si própria, necessita construir a mais ampla e bem elaborada capa sob a qual ocultar as injustiças sociais. Assim, na defesa de valores real ou supostamente mais altos, como o equilíbrio das relações familiares, o bom andamento dos serviços domésticos, a preservação dos métodos tradicionais de socialização dos imaturos, o respeito ao princípio moral da distância entre os sexos, faz-se a mais completa e racional utilização de critérios irracionais, tais como a debilidade física, a instabilidade emocional e a pequena inteligência femininas, a fim de imprimir-se ao trabalho feminino o caráter de trabalho subsidiário e tornar a mulher o elemento constitutivo por excelência do enorme contingente humano diretamente marginalizado das funções produtivas.

Consoante exposto pela autora, ao atribuir superioridade a determinados valores, como o equilíbrio das relações familiares e o bom andamento dos serviços domésticos, o capitalismo utilizou-se, de forma completamente intencional, de critérios irracionais, como a suposta inferioridade feminina, para conferir caráter subsidiário ao trabalho da mulher, beneficiando-se com a criação de uma força de trabalho barata, com baixa capacidade reivindicatória e marginalizada.

Para Angela Davis (2020, p. 230), a separação estrutural entre a economia familiar doméstica e a economia voltada ao lucro do capitalismo provocou o surgimento da "dona de casa". A partir de então, "as mulheres começaram a ser redefinidas ideologicamente como guardiãs de uma desvalorizada vida doméstica", e, no século XIX, os conceitos de "dona de casa" e "mãe" foram estabelecidos como modelos universais de feminilidade.

O confinamento da mulher ao trabalho reprodutivo desencadeou para ela uma série de consequências prejudiciais, ao aumentar sua dependência do salário masculino e impedi-la de realizar-se em seu trabalho. Para Simone de Beauvoir (2019, p. 100, v. 1), a mulher, mais do que o homem, é "presa da espécie". Ao tratar da histórica atribuição dos trabalhos domésticos ao sexo feminino, sob uma perspectiva

do existencialismo, a autora apontou a impossibilidade de a mulher encontrar no trabalho reprodutivo uma afirmação da sua existência. Esse trabalho é marcado pela imanência, pela repetição, completamente diferente do trabalho desenvolvido pelo homem, produtivo, que transcende a sua condição e possibilita a superação do seu estado original. A esse respeito, afirmou a autora:

Contudo, engendrar, aleitar não são *atividades*, são funções naturais; nenhum projeto nelas se empenha. Eis por que nelas a mulher não encontra motivo para uma afirmação ativa de sua existência: ela suporta passivamente seu destino biológico. Os trabalhos domésticos a que está voltada, porque só eles são conciliáveis com os encargos da maternidade, encerram-na na repetição e na imanência; reproduzem-se dia após dia sob uma forma idêntica que se perpetua quase sem modificação através dos séculos: não produzem nada de novo. O caso do homem é radicalmente diferente; ele não alimenta a coletividade à maneira das abelhas operárias mediante simples processo vital, e sim com atos que transcendem sua condição animal. (BEAUVOIR, 2019, p. 97-98, v. 1, grifo no original).

Salienta-se que as distinções caracterizadoras da divisão sexual do trabalho não são formadas por dados imutáveis, elas variam no tempo e no espaço; o que permanece estável é a distância existente entre os grupos de sexo (HIRATA; KERGOAT, 2008, p. 267). Entretanto, a atividade doméstica permanece atrelada ao sexo feminino ao longo da história e em quase todo o globo. Seja realizado pela “dona de casa”, com dedicação exclusiva; seja realizado pela trabalhadora por meio da corriqueira dupla jornada de trabalho; seja realizado pela empregada doméstica: a mulher está por trás de todas as facetas do trabalho doméstico. Para Danièle Kergoat (2009, p. 68),

[...] não foi tratando a questão do aborto, como usualmente se diz, que o movimento feminista começou. Foi a partir da tomada de consciência de uma opressão específica: tornou-se coletivamente “evidente” que uma enorme massa de trabalho era realizada gratuitamente pelas mulheres; que esse trabalho era invisível; que era feito não para si, mas para os outros e sempre em nome da natureza, do amor e do dever maternal.

Observa-se, assim, que o traço mais marcante da divisão sexual do trabalho foi aquele que dividiu o espaço doméstico como feminino e o

público como masculino, sendo tão intensa a sua perpetuação cultural que, apesar de os homens "aceitarem" as mulheres trabalhando fora de casa, ou seja, ocupando o espaço público, não aceitam com a mesma facilidade dividir as obrigações do espaço privado; as tarefas domésticas permanecem sendo executadas pelas mulheres (CALIL, 2007, p. 111). Note-se que raramente se questiona como o homem vai conciliar o seu trabalho com os cuidados familiares, porque está subentendido que o trabalho reprodutivo é atribuição do sexo feminino.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o trabalho reprodutivo não se resume à execução das atividades de limpeza, preparo de alimentos, educação e cuidado das crianças, na medida em que essa execução exige um planejamento, no qual reside boa parte da carga mental decorrente desse trabalho. A realização desses afazeres depende de uma sistemática organização, cujo controle frequentemente recai sobre a mulher e que, muitas vezes, pode ser mais exaustiva e desgastante do que a execução das tarefas em si.

Nas últimas décadas, é crescente o número de mulheres ingressando no espaço público, desempenhando o trabalho produtivo, geralmente exercendo funções relacionadas às suas "habilidades naturais", tendo desempenhado relevante papel na indústria têxtil, desde a sua implementação, e, mais recentemente, despontando no setor de serviços. Todavia, a mulher já ingressa no trabalho recebendo tratamento discriminatório em relação ao homem. Os salários pagos são inferiores, as posições de chefia dificilmente são alcançadas, os postos de trabalho ofertados são limitados, como será mais bem exposto no próximo tópico. As mulheres são mais suscetíveis ao assédio moral e sexual e sofrem discriminação constante, pois, antes mesmo de serem avaliadas por sua competência, já foram julgadas pelo seu gênero.

A esse respeito, cumpre mencionar que a divisão sexual do trabalho é marcada por dois princípios organizadores, o da separação e o da hierarquização (KERGOAT, 2009, p. 67). O primeiro princípio estabelece que existem trabalhos de homens e outros de mulheres, enquanto o segundo consigna que o trabalho do homem vale mais que o da mulher. Esses princípios foram legitimados pela ideologia naturalista, que reduz as práticas sociais a "papéis sociais" sexuados, que remetem ao destino natural da espécie.

Quanto aos efeitos práticos da aplicação desses princípios, como o surgimento da feminização do trabalho, Lea Elisa Calil (2007, p. 109) ensina:

A formação e persistência de guetos de trabalho diferenciados por sexo é um problema na medida em que esta diferenciação permite que se formem verdadeiros bolsões de ramos de emprego onde se pode pagar salários menores às mulheres, o fenômeno conhecido como feminização do trabalho, sem que, aparentemente, haja diferença em relação aos salários pagos aos homens, vez que inexistem homens trabalhando naquele setor ou ramo de atividade. E não há apenas divisão sexual das tarefas em termos horizontais, com mulheres ocupando determinadas áreas e homens outras, mas há também uma diferença vertical de ocupação, com homens ocupando empregos melhores e até postos de chefia, e mulheres com empregos menos valorizados, como, *v.g.*, o trabalho doméstico.

Os princípios da separação e da hierarquização também podem ser observados nas formas de discriminação horizontal e vertical (SILVA, 2017, p. 216). A discriminação *horizontal* é caracterizada pela restrição dos postos de trabalho disponibilizados às mulheres (a mulher tem acesso ao mercado de trabalho, mas somente a determinadas ocupações), enquanto a *vertical* é caracterizada pela existência de obstáculos impeditivos da ascensão hierárquica no emprego (a mulher é contratada, mas por diversos fatores invisíveis, caracterizadores do chamado "teto de vidro",^[2] não consegue ascender profissionalmente).

Sob a ótica do princípio da separação, visualizado por meio da discriminação horizontal, a divisão sexual do trabalho ficou bem delimitada ao resguardar às mulheres as ocupações pertencentes ao setor terciário, de prestação de serviços (notadamente nos serviços domésticos, de saúde, educação) e no comércio. No que tange ao princípio da hierarquização, concretizado pela discriminação vertical, essa divisão é notada com facilidade por meio da observação da pequena quantidade de mulheres que exercem cargos de chefia e que conseguem galgar elevadas posições hierárquicas.

Além disso, importa frisar que, historicamente, o trabalho produtivo da mulher foi considerado uma forma de complementar a renda familiar, tendo em vista que, na sociedade patriarcal, o arrimo da família sempre foi o homem. Afinal, com a função primordial de cuidar da casa e dos

filhos, a mulher se via obrigada a se empenhar em trabalhos de meio período, com menores salários e menos responsabilidade, que não fossem capazes de prejudicar o desempenho da sua "vocação natural" para os cuidados domésticos. Essa visão do trabalho feminino como forma de complementar os rendimentos da família favoreceu a sua desvalorização, sendo mais um obstáculo para impedir que a mulher encontrasse no seu trabalho uma forma de realização pessoal.

Todavia, registra-se que essa situação não correspondia à realidade de muitas famílias brasileiras, diante da existência de inúmeras famílias monoparentais, geralmente formadas a partir do abandono da mulher e dos filhos pelo companheiro/pai. Nesses casos, por ser a única provedora da família, a mulher sempre precisou trabalhar fora de casa, além de, é claro, ser responsável pelos afazeres domésticos e cuidados com os filhos. Para conseguir conciliar essas tarefas, era e continua sendo comum que receba o apoio de outras mulheres, como a sua própria mãe. Essa realidade é tão trivial no Brasil que, na classificação dos tipos de família existentes, o IBGE apresenta a categoria "mulher sem cônjuge e com filhos", que correspondia a 17,4% das famílias brasileiras no ano de 2009,^[3] não existindo categoria correspondente para o homem.^[4]

A divisão sexual do trabalho, em todos os seus aspectos, acarreta inúmeros prejuízos às mulheres, aprofundando a desigualdade existente entre os sexos. Como já relatado, os homens continuam imunes à responsabilidade pelos serviços domésticos, ocupando trabalhos mais bem remunerados e mais valorizados, com maior facilidade para ascender profissionalmente e para ocupar cargos de chefia. As mulheres, por sua vez, necessitam cumular as atividades do lar com o trabalho externo, muitas vezes considerado mero complemento da renda familiar, e não um meio de realização pessoal, sendo vítima constante da informalidade e de ocupações precárias, desvalorizadas socialmente e com baixas remunerações.

4 Desigualdade em números: dados do IBGE

Para ir além de conceitos e exposições teóricas, é importante apresentar dados que demonstram a divisão sexual do trabalho de forma concreta. Com esse propósito, foi realizada pesquisa dos dados fornecidos

pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), cujo resultado confirmou que a desigualdade ainda permeia de forma contundente o trabalho desempenhado pelas mulheres.

Em 2019, foi publicado pelo IBGE um estudo especial denominado “Mulheres no Mercado de Trabalho”, construído a partir de indicadores extraídos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD.^[5] Esse estudo demonstrou que, em 2018, a população ocupada era formada por 54,7% de homens e 45,3% de mulheres, e o rendimento médio da mulher correspondia a 79,5% do rendimento médio do homem. No entanto, esse percentual variou bastante de acordo com os grupamentos ocupacionais, podendo ser citados grupos em que o percentual ficou abaixo de 70%: profissionais das ciências e intelectuais mulheres receberam 64,8% do rendimento médio masculino; trabalhadoras dos serviços e vendedoras dos comércios receberam 66,2% do rendimento médio masculino; operadoras de instalações e máquinas e montadoras receberam 68,8% do rendimento médio masculino.

Na análise de ocupações selecionadas, que exigem formação em nível superior para ambos os sexos, esse mesmo estudo apontou que, em 2018, as mulheres advogadas e juristas receberam 72% do rendimento dos homens, ainda que tenham trabalhado 94,6% das horas trabalhadas pelos homens; as médicas especialistas trabalharam 93% das horas trabalhadas pelos médicos, mas receberam apenas 71,8% do seu rendimento médio. As gerentes de comércios atacadistas e varejistas, por sua vez, laboraram 93,5% das horas laboradas pelos homens, mas receberam somente 66% do seu rendimento médio.

A desigualdade salarial é um dos marcos da discriminação sofrida pela mulher no mercado de trabalho, cujo labor sempre foi menos valorizado que o do homem, e os dados ora apresentados demonstram que essa realidade não mudou, mesmo diante da existência de vasta legislação nacional e internacional prevendo a igualdade de salário entre os sexos e vedando a discriminação.^[6] Conforme mencionado, em 2018 o rendimento médio da mulher correspondeu a 79,5% do rendimento do homem; já em 2012, esse percentual foi de 76,6%. Em seis anos houve uma pequena evolução, mas a mudança tem sido lenta e inconstante, tendo em vista que, em 2016, esse percentual chegou a 80,8%, tendo regredido desde então.

Além da desigualdade salarial, esse estudo tratou da distribuição da população ocupada entre os grupamentos ocupacionais, confirmando a existência da divisão sexual do trabalho em seu aspecto horizontal: apenas alguns postos de trabalho são tradicionalmente destinados às mulheres, geralmente tendo por base os “atributos femininos” como delicadeza e docilidade, e essas ocupações tendem a ser as mais desvalorizadas, tanto financeiramente quanto socialmente.

Segundo os dados da PNAD 2018, os únicos grupamentos ocupacionais em que o número de mulheres é superior ao dos homens são: ocupações elementares – entre as quais estão trabalhadores domésticos e outros trabalhadores de limpeza de interior de edifícios –, além de outras ocupações elementares na agropecuária, na construção, na indústria de transformação etc. (55,3% de mulheres e 44,7% de homens); trabalhadores dos serviços, vendedores dos comércios e mercados (59% de mulheres e 41% de homens); profissionais das ciências e intelectuais (63% de mulheres e 37% de homens); e trabalhadores de apoio administrativo (64,5% de mulheres e 35,5% de homens). Observa-se que, ainda que as mulheres prevaleçam nesses grupamentos, a diferença de participação existente entre os sexos não é tão ampla, sendo inferior a 30% no grupo com maior discrepância entre os sexos.

Por outro lado, os grupamentos em que predominam os homens são os seguintes, nos respectivos percentuais: membros das forças armadas, policiais e bombeiros militares (86,8% de homens e 13,2% de mulheres); operadores de instalações e máquinas e montadores (86,2% de homens e 13,8% de mulheres); trabalhadores qualificados, operários e artesãos da construção, das artes mecânicas e outros (83,8% de homens e 16,2% de mulheres); trabalhadores qualificados da agropecuária, florestais, da caça e da pesca (78,9% de homens e 21,1% de mulheres); dirigentes e gerentes (58,2% de homens e 41,8% de mulheres); e técnicos e profissionais de nível médio (54,8% de homens e 45,2% de mulheres). Nota-se que, quando se trata das ocupações qualificadas na agropecuária, indústria e construção, os homens prevalecem, ao passo que, como indicado acima, as mulheres prevalecem nas ocupações elementares dentro desses setores.

Esses números demonstram com clareza que existem nichos no mercado de trabalho de difícil penetração pelas mulheres, em nítida

representação da divisão sexual do trabalho em seu aspecto horizontal (princípio da separação). Em três dos grupamentos acima elencados, os homens ocupam mais de 80% dos postos de trabalho, o que não se repete quando se observam os poucos grupamentos em que prepondera o sexo feminino. Ademais, como já apontado nos dados relativos aos rendimentos auferidos por cada um dos sexos, ainda que a mulher consiga adentrar no mercado de trabalho, inclusive nos nichos dominados pelos homens, os rendimentos são desiguais.

No que tange ao princípio da hierarquização, é possível citar alguns dados demonstrativos das dificuldades enfrentadas pelas mulheres para ascender profissionalmente e alcançar elevadas posições de poder. Segundo dados do IBGE consolidados no volume 5 dos Cadernos dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS^[7] (o objetivo de n. 5 é alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), em 2016 apenas 39,1% de mulheres ocupavam cargos em posições gerenciais. Em relação à ocupação de cargos de direção e assessoramento (DAS) no Poder Executivo federal, em 2019, apenas 19,71% dos ocupantes dos cargos mais elevados (DAS nível 6) era composto por mulheres.

Conforme dados consolidados pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2019), após a realização do Censo do Poder Judiciário (BRASIL, 2014), restou observado que, quanto maior o nível da carreira da Magistratura, menor era a participação feminina, que era representada, à época, por 44% dos juízes substitutos, 39% dos juízes titulares, 23% dos desembargadores e apenas 16% dos ministros de tribunais superiores.

Nos serviços domésticos, esses números são ainda mais discrepantes. Segundo dados da PNAD (IBGE, 2019c, p. 25), em 2018 havia 5,8 milhões de mulheres ocupadas em serviços domésticos (remunerados), frente a apenas 458 mil homens. Portanto, mais de 90% da população ocupada em serviços domésticos é constituída por mulheres, sendo que 65% desse total é formado por mulheres negras. Nesse ponto, é importante frisar que as desigualdades decorrentes de cor e raça não foram abordadas neste artigo em razão da sua extensão e do seu objeto, cujo foco está centrado nas questões de gênero, mas importa reconhecer que a mulher negra enfrenta dificuldades ainda

maiores do que as impostas à mulher branca, recebendo salários ainda mais baixos e sofrendo mais discriminação, tendo em vista que, além de lidar com o machismo, precisa enfrentar o racismo, tão impregnado nas estruturas da nossa sociedade.

Quanto ao trabalho doméstico, cumpre ressaltar que o seu rendimento médio mensal é o mais baixo do País. Em 2019, segundo dados da PNAD Contínua, esse rendimento foi no importe de R\$ 913,00, sendo que o segundo rendimento mais baixo, o da agropecuária, foi quase 50% superior ao rendimento dos serviços domésticos, no montante de R\$ 1.346,00. O rendimento médio do empregado doméstico com carteira assinada foi de R\$ 1.286,00, frente a R\$ 765,00 do trabalhador doméstico sem carteira assinada, e, nesse mesmo ano, apenas 28,2% da população ocupada no emprego doméstico tinha a Carteira de Trabalho assinada.

Percebe-se, assim, como a força de trabalho doméstico, constituída majoritariamente por mulheres (mais de 90% em 2018), é mal remunerada no Brasil. A desvalorização social do trabalho doméstico pode ser ainda mais contundente do que a baixa remuneração, tendo sido corroborada pela própria ordem jurídica nacional. A Constituição Federal de 1988, até o ano de 2013, restringia o rol de direitos previstos para o trabalhador doméstico por meio da previsão contida no parágrafo único do art. 7º, cujo teor foi alterado pela Emenda Constitucional n. 72/2013. Se o próprio ordenamento jurídico brasileiro discriminava o trabalho doméstico formal, prevendo menos direitos para esses trabalhadores, é possível inferir o nível das condições de trabalho das inúmeras mulheres que sequer tiveram suas Carteiras de Trabalho assinadas, vítimas da informalidade.

Outro dado de fundamental importância para a compreensão da divisão sexual do trabalho em sua clássica acepção de atribuir o trabalho reprodutivo apenas à mulher refere-se à quantidade de horas despendidas nos serviços domésticos não remunerados, configurados pelas atividades domésticas e de cuidado para benefício dos moradores do próprio domicílio ou de parentes. Segundo dados do IBGE (2019b), em 2019 a média de horas semanais de trabalho doméstico e de cuidado não remunerado, no próprio domicílio ou em domicílio de parentes, foi de 24 horas para mulheres não ocupadas e 12,1 horas para os homens

não ocupados. Para mulheres ocupadas, esse número foi de 18,5 horas, em face de 10,4 horas para os homens ocupados. Assim, em média, a cada semana as mulheres despendem entre 8 e 12 horas a mais do que os homens na realização dessas atividades.

Essa mesma pesquisa revelou que, em 2019, 57% dos homens casados realizaram atividades relativas ao preparo de alimentos e limpeza das louças, ao passo que 97,5% das mulheres casadas realizaram essas tarefas; 50,3% dos homens casados cuidaram da limpeza e manutenção de roupas e sapatos, frente 94,2% das mulheres casadas. Esses dados demonstraram, ainda, que a quantidade de trabalho desempenhada pela mulher nessas funções praticamente não se altera quando ela deixa de morar sozinha para se casar (no preparo de alimentos a porcentagem é a mesma, e na limpeza de roupas aumenta de 92,8% para 94,2%). Já no caso dos homens, esses números sofrem profundas transformações: quando moram sozinhos, 92,6% dos homens prepararam alimentos ou lavam louça, mas quando se casam, apenas 57,7% dos homens continuam realizando essas tarefas; quanto à limpeza e manutenção de roupas, esse número cai de 88,7% quando estão sozinhos para 50,3% quando se casam.

Os números apresentados demonstram como a divisão sexual do trabalho prepondera na esfera privada e como as mulheres são sobrecarregadas por arcar com praticamente toda a responsabilidade pelos afazeres domésticos, ainda que não se dediquem exclusivamente a isso. Desse modo, mesmo que consiga ingressar no mercado de trabalho, na mulher recai a maior parte da responsabilidade pelos cuidados com a casa e com os filhos, pois é quem precisa assumir o controle e a administração do núcleo familiar.^[8] O papel do homem ainda é considerado pela sociedade como de um mero coadjuvante, que não precisa assumir a carga mental relacionada à organização dessa atividade. Em regra, apenas ajuda a mulher com os afazeres domésticos, mas não assume o protagonismo de cuidar da sua própria casa, alimentação e filhos.

5 A pandemia de covid-19 e a divisão sexual do trabalho

No início deste artigo, ressaltou-se que a divisão sexual do trabalho não recebe a atenção merecida, sendo pouco discutida em nossa sociedade. Entretanto, um fator inesperado e externo ao controle

humano alterou um pouco essa realidade. A pandemia de covid-19 está forçando as pessoas a ficarem em casa, dando maior visibilidade ao âmbito doméstico e a tudo que o permeia, e acabou intensificando e expondo as consequências da divisão sexual do trabalho.

Os reflexos gerados pelo novo coronavírus na divisão sexual do trabalho podem ser analisados sob dois enfoques: o primeiro deles, relacionado ao incremento da precarização do trabalho doméstico remunerado, realizado majoritariamente por mulheres; o segundo, relativo ao aumento exponencial da quantidade de trabalho reprodutivo sob responsabilidade das mulheres em seus próprios lares.

Como apontado no tópico anterior, mais de 90% das pessoas que se ocupam com o trabalho doméstico remunerado são mulheres, e no ano de 2019, apenas 28,2% desses trabalhadores tiveram sua Carteira de Trabalho assinada. A informalidade, portanto, é uma característica significativa do trabalho doméstico, o que prejudica em demasia a fiscalização das condições de trabalho oferecidas a um grande contingente de mulheres.

A despeito da existência de previsões isoladas em sentido contrário em alguns estados, a legislação nacional (Lei n. 13.979/2020 e decretos regulamentadores) não incluiu a atividade doméstica no rol de serviços essenciais. Mesmo assim, o serviço de muitas trabalhadoras não foi dispensado pelos seus patrões. Diante da informalidade, a maioria desses casos não são visíveis aos órgãos de fiscalização, fazendo com que muitas mulheres continuem trabalhando em diferentes lares, lidando com diferentes pessoas, sem a possibilidade de manter o distanciamento social recomendado e sem acesso a equipamentos de proteção individual. Um exemplo elucidativo dessa situação é que uma das primeiras mortes por covid-19 confirmadas no Brasil, a primeira no Estado do Rio de Janeiro, foi a de uma empregada doméstica contaminada pela sua patroa.^[9]

Por outro lado, especialmente nos núcleos familiares em que houve o consciente afastamento das trabalhadoras domésticas (empregadas ou diaristas, preferencialmente com a manutenção do pagamento das remunerações), houve um aumento exponencial do trabalho reprodutivo, tradicionalmente assumido pela mulher. Muitas famílias

passaram a ter que lidar com a falta de ajuda externa para as tarefas domésticas e para os cuidados com os filhos, em razão do afastamento de babás e da suspensão das aulas presenciais, tudo isso somado à necessidade de adaptação ao teletrabalho ou de conciliação com o trabalho externo. Até mesmo a alimentação tornou-se mais trabalhosa nesse período, devido ao fechamento dos restaurantes e do atendimento reduzido ao sistema de entrega.

Assim, além do aumento dos serviços domésticos, houve um incremento considerável dos cuidados com os filhos, que passou a ser integral e a incluir a substituição dos professores na formação escolar. Quando se trata de crianças em fase pré-escolar, que estariam em creches ou sob a tutela de babás, a situação pode ser ainda mais complexa, pois demandam uma atenção exclusiva que muitas trabalhadoras não podem dar. A par disso, a mulher ocupada continua tendo que realizar o seu trabalho produtivo regularmente, em geral com o mesmo nível de cobrança usualmente estabelecido pelo empregador, mesmo diante da enorme dificuldade advinda da recente fusão entre núcleo profissional e núcleo familiar.

Dessa forma, por conta da histórica desigualdade de tratamento decorrente da divisão sexual do trabalho, a mulher está sendo muito mais sobrecarregada do que o homem durante essa crise de saúde pública, o que coloca em risco a sua saúde mental. Em razão da atualidade da matéria, ainda não se encontram muitos trabalhos científicos publicados a esse respeito, mas muitas são as notícias veiculadas pela mídia apontando o elevado grau de esgotamento feminino durante a pandemia.^[10]

Na medida em que a pandemia de covid-19 acabou dando enfoque a esse tema tão relevante, é possível aproveitar esse momento de destaque para fomentar o debate e encarar a divisão sexual do trabalho como um grande obstáculo à concretização da isonomia entre homens e mulheres, que precisa ser superado. A esse respeito, é possível citar uma publicação da ONU Mulheres, na qual foram sugeridas nove ações para eliminar a desigualdade de gênero dentro de casa durante a pandemia,^[11] dentre as quais estão compartilhar os cuidados em casa e falar sobre igualdade de gênero com a sua família.

6 Conclusão

A divisão sexual do trabalho afeta de forma contundente a vida da mulher, constituindo obstáculo para a sua realização pessoal, especialmente no que concerne ao seu confinamento ao trabalho reprodutivo, marcado pela imanência, pela repetição, pela ausência de criatividade e pela desvalorização.

Após a separação estrutural ocorrida entre a economia familiar doméstica e a economia voltada ao lucro do capital, a atividade doméstica, por ter perdido a sua importância econômica para a comunidade, foi considerada como um trabalho inferior, e o encerramento da mulher na esfera privada, no exercício dessas atividades, tornou-se ainda mais opressor.

Com o passar dos anos, a mulher conseguiu alcançar o espaço público com o exercício do trabalho produtivo, mas ela não ingressa no mercado de trabalho em igualdade de condições com o homem. Apesar de existir vasto arcabouço legal prevendo a isonomia entre os sexos, a desigualdade fática não foi superada e a mulher ainda é submetida a diversas formas de discriminação: recebe salários inferiores, dificilmente alcança posições de chefia e sofre limitações quanto à oferta de postos de trabalho.

Ademais, a mulher continua presa ao trabalho reprodutivo, permanecendo confinada ao papel histórico de cuidadora e de dona de casa, assumindo toda a carga dos trabalhos domésticos. Essa condição ganhou destaque com a pandemia de covid-19, pois o aumento desmesurado das atividades domésticas e de cuidado está gerando uma enorme sobrecarga de trabalho à mulher, levando-a à exaustão.

A divisão sexual do trabalho, portanto, continua sendo um grande entrave à concretização da igualdade entre os sexos. Para libertar-se do confinamento ao âmbito doméstico e se empenhar no trabalho produtivo, em busca de uma "afirmação ativa de sua existência" (BEAUVOIR, 2019, p. 98, v. 1), a mulher precisa se desdobrar na dupla ou tripla jornada de trabalho, pois muitos anos se passaram, mas ela ainda não se libertou da opressão de ser o Outro.

Referências

- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. v. 1 e 2.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário**: VIDE – Vetores iniciais e dados estatísticos. Brasília: CNJ, 2014.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2020.
- CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do trabalho da mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática**. São Paulo: LTr, 2007.
- DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Bomtempo, 2016.
- ENGELS, Friedrich. **The origin of the family, private property and the State**. Introduction by Eleanor Burke Leacock. Nova York: International Publishers, 1973.
- FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpos e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.
- HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Divisão Sexual do Trabalho profissional e doméstico: Brasil, França e Japão. In: COSTA, Albertina de Oliveira et al. (orgs.). **Mercado de trabalho e gênero: comparações internacionais**. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 263-278.
- IBGE. Indicadores IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**: PNAD contínua. Principais destaques da evolução do mercado de trabalho no Brasil – 2012-2019. Rio de Janeiro: IBGE, 2019a.
- IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. Outras formas de trabalho 2019. Brasília: IBGE, 2019b. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101722_informativo.pdf. Acesso em: 9 jul. 2020.
- IBGE. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2019**. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2019c.
- KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. In: HIRATA, H. et al. (org.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Unesp, 2009, p. 67-75.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; VIEIRA, Regina Stela Corrêa (org.). **Mulheres em luta**: a outra metade da história do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2017.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **A mulher na sociedade de classes**: mito e realidade. Petrópolis: Vozes, 1976.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**: saúde e segurança do trabalho. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. (Coleção curso de direito do trabalho aplicado; v. 3).

SOUZA-LOBO, Elisabeth. Lutas operárias e luta das operárias em São Bernardo do Campo. In: SOUZA-LOBO, Elisabeth. **A classe operária tem dois sexos**: trabalho, dominação e resistência. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.

WOOLF, Virginia. **Um quarto só seu**. Porto Alegre: L&PM, 2019.

Notas

- [1] Obra baseada em dois artigos redigidos pela autora quando foi convidada para falar sobre o tema “as mulheres e a literatura” para a Arts Society em Newnham e Odtaa em Girton, em outubro de 1928.
- [2] “O conceito de teto de vidro, introduzido na década de 80 nos Estados Unidos, pode ser definido como uma barreira que, de tão sutil, é transparente, mas suficientemente forte para impossibilitar a ascensão de mulheres a níveis mais altos da hierarquia organizacional. [...] Desta forma, a expressão teto de vidro encerra vários significados, já que representa uma barreira que não é natural, mas que foi colocada lá para impedir que mulheres ascendam hierarquicamente nas empresas que trabalham por fatores diversos daqueles que realmente poderiam impedir um trabalhador de ser promovido, como seu desempenho e comprometimento com o trabalho. Todavia, representa uma barreira invisível, que, aparentemente, não está lá, ou seja, teoricamente, dentro das empresas, as mulheres podem alcançar os cargos mais altos nas empresas, mas a realidade não é assim.” (CALIL, 2007, p. 69-70).
- [3] IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2001-2009**. Disponível em: <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=6&op=0&vcodig o=FED304&t=tipos-familia>. Acesso em: 31 maio 2020.
- [4] Quanto ao reconhecimento, pelos órgãos públicos, das famílias monoparentais comandadas por mulheres, importa citar a recente Lei n. 13.982/2020, que estabeleceu a concessão do auxílio emergencial como medida de enfrentamento do coronavírus (covid-19), prevendo, em seu art. 2º, § 3º, que a mulher provedora de família monoparental deve receber duas cotas do auxílio emergencial.
- [5] IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=downloads>. Acesso em: 27 jun. 2020.
- [6] Além de prever a igualdade entre homens e mulheres em seu art. 5º, *caput* e inciso I, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê expressamente a proibição de diferença de salários por motivo de sexo (art. 7º, inciso XXX). No Direito Internacional, pode ser citada a Convenção n. 100 da OIT, que trata da igualdade de remuneração entre homens e mulheres por trabalho de igual valor, a Convenção n. 111, que trata da discriminação, e a Convenção da ONU para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.
- [7] “A publicação Cadernos ODS foi criada pelo Ipea para divulgar estudos e pesquisas que visam contribuir para o esforço nacional de alcançar os

desafios lançados durante a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável da Assembleia Geral das Nações Unidas, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 2015”, na qual foi aprovada a Agenda 2030. O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 5 é justamente alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190905_cadernos_ODS_objetivo_5.pdf. Acesso em: 27 jun. 2020.

- [8] A esse respeito, cumpre mencionar a Convenção n. 156 da Organização Internacional do Trabalho, não ratificada pelo Brasil, que dispõe sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores quanto aos encargos de família, especialmente quando as responsabilidades em relação aos filhos restringirem a possibilidade de se prepararem para uma atividade econômica e nela ingressar, participar ou progredir.
- [9] Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/19/primeira-vitima-do-rj-era-domestica-e-pegou-coronavirus-da-patroa.htm>. Acesso em: 11 jul. 2020.
- [10] A título exemplificativo, podem ser citadas as seguintes publicações: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/estudo-revela-aumento-da-situacao-vulnerabilidade-das-trabalhadoras-domesticas-durante-a-pandemia/>; <https://oglobo.globo.com/celina/coronavirus-isolamento-domiciliar-pode-aumentar-sobrecarga-das-mulheres-24339243>; <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/trabalho-e-formacao/2020/04/26/interna-trabalhoformacao-2019,848505/sobrecarga-atinge-mulheres-durante-a-quarentena-deixando-as-por-um-fio.shtml>; <https://noticias.r7.com/brasil/em-quarentena-mulheres-encaram-desemprego-e-sobrecarga-emocional-15052020>; <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/home-office-na-pandemia-amplia-desequilibrio-de-genero-na-justica.shtml>. Acesso em: 11 jul. 2020.
- [11] Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-mulheres-sugere-nove-aco-es-que-toda-pessoa-pode-fazer-na-resposta-a-covid-19-e-eliminar-a-desigualdade-de-genero-dentro-de-casa/>. Acesso em: 11 jul. 2020.

Capacidade civil da pessoa com deficiência: consolidação do sujeito democrático

Stefany Pavani Pereira da Silva

Servidora do Ministério Público Federal. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG).

Resumo: Historicamente, a deficiência foi definida a partir de perspectivas religiosas e científicas, que contribuíram para a construção de preconceitos e discriminações. A Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência consagrou o reconhecimento da autonomia desses indivíduos, dando ênfase a um modo de vida independente, pautado na liberdade para realizar suas próprias escolhas. Assim, o antigo regime jurídico da capacidade civil aplicado às pessoas com deficiência tornou-se inadequado ante as novas diretrizes. Em consonância com a referida Convenção, a Lei n. 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão – LBI) adaptou a legislação ordinária, reconhecendo a pessoa com deficiência como plenamente capaz de exercer os atos da vida civil, resguardando o instituto da curatela para casos específicos em que ela não puder exprimir sua vontade. Nesse contexto, pretende-se compreender como a nova teoria das incapacidades possibilita que a pessoa com deficiência conviva em uma sociedade que, historicamente, tende a excluí-la. Busca-se compreender se as mudanças advindas da Convenção das Nações Unidas, e, mais efetivamente, após a LBI, possibilitam a consolidação da ideia de um sujeito democrático, que engloba também a pessoa com deficiência, no sentido empregado por Alain Touraine. Chega-se à principal conclusão de que a pessoa com deficiência se consolidou como sujeito, enquanto ator da sociedade. No plano jurídico, foi estabelecida a igualdade em respeito às diversidades, igualando oportunidades, de forma a consagrar o ideal de uma democracia.

Palavras-chave: pessoa; deficiência; modelo social; inclusão; autodeterminação; sujeito democrático.

Sumário: 1 Introdução. 2 Perspectiva histórica do conceito de deficiência. 2.1 Modelo da dispensabilidade. 2.2 Modelo médico ou reabilitador. 2.3 Modelo social de deficiência. 3 Capacidade civil das pessoas com deficiência. 4 Sujeito democrático: continente da pessoa com deficiência.

1 Introdução

A deficiência, historicamente, foi definida a partir de perspectivas religiosas e científicas, que contribuíram para a construção de preconceitos e discriminações, sujeitando as pessoas com deficiência a uma exclusão social que, por vezes, pode ainda ser percebida. O Estado brasileiro ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu protocolo facultativo, assinados em Nova York no dia 30 de março de 2007. O referido tratado internacional foi incorporado como emenda à Constituição, através do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008. Com base nessa Convenção, foi promulgada a Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, intitulada Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão.

A referida Convenção adotou o modelo social de deficiência, compreendendo a deficiência como uma exclusão em decorrência da interação do indivíduo, que se encontra fora dos padrões sociais, com as barreiras sociais, culturais e atitudinais, relativas a atitudes ou comportamentos. Foram superadas as antigas concepções de deficiência, que a consideravam uma patologia estritamente, passando a ser compreendida como fruto de um convívio social.

Consagrou-se o reconhecimento da autonomia da pessoa com deficiência, possibilitando-lhe um modo de vida independente, pautado na liberdade para realizar suas próprias escolhas e desenvolver seu singular projeto de vida, contribuindo, assim, para a derrocada do sistema protetivo pautado na substituição de vontade para um sistema de apoios. O antigo regime jurídico da capacidade civil aplicado às pessoas com deficiência tornou-se inadequado ante as novas diretrizes, uma vez que acarretava maior exclusão social, podendo o representante legal, nos casos de incapacidade absoluta, substituir integralmente o interdito nas tomadas de decisão da vida civil, de acordo com o que estabelecia a antiga redação do vigente Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, em seu art. 3º. Na atualidade, a pessoa com deficiência é considerada plenamente capaz de exercer os atos da vida civil,

resguardado o instituto da curatela para casos específicos em que a pessoa não puder exprimir sua vontade.

Nesse viés, pretende-se compreender como a nova teoria das incapacidades possibilita que a pessoa com deficiência ascenda em uma sociedade que, historicamente, tende a excluí-la. Pretende-se compreender se as mudanças advindas da Convenção das Nações Unidas e, conseqüentemente, da Lei Brasileira de Inclusão possibilitam a consolidação da ideia de um sujeito democrático enquanto pessoa com deficiência. O presente artigo adota o método dialético-argumentativo, buscando construir um conhecimento específico acerca do exercício da capacidade civil pela pessoa com deficiência e da consolidação desse ator social como sujeito democrático. Para isso, colocam-se em evidência o modelo social de deficiência e o novo entendimento acerca dos direitos das pessoas com deficiência e sua plena autonomia. Ter-se-á como referencial teórico a obra de Alain Touraine.

2 Perspectiva histórica do conceito de deficiência

Cumprе ressaltar que a expressão “pessoa com deficiência” foi consagrada pela Convenção de Nova York, opondo-se ao termo “pessoa portadora”. O vocábulo “pessoa com deficiência” enfatiza o próprio indivíduo, sem salientar as limitações funcionais em detrimento do ser humano, ao contrário do que ocorria com a utilização da expressão superada (LANNA JÚNIOR, 2010).

Ao longo da história, a deficiência foi compreendida a partir de perspectivas religiosas e científicas, que contribuíram para a construção de inúmeros preconceitos e discriminações. Com isso, pessoas com deficiência foram posicionadas à margem da sociedade, excluídas do mercado de trabalho, dos sistemas educacionais, entre outros. A Convenção das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York no dia 30 de março de 2007, adotou o paradigma social para análise do conceito de deficiência, que a compreende como uma exclusão que decorre da interação do indivíduo, que se encontra fora dos padrões sociais, com as barreiras sociais e culturais. Assim, foram superadas as antigas concepções de deficiência (FERRAZ; LEITE, 2015).

A seguir será analisado pormenorizadamente o desenvolvimento da compreensão sobre a deficiência, com maior ênfase ao modelo social de deficiência, modelo vigente no ordenamento jurídico pátrio.

2.1 Modelo da dispensabilidade

O modelo da dispensabilidade, também denominado por alguns autores como “modelo moral” ou mesmo “modelo da prescindibilidade”, pode ser situado durante a Antiguidade Clássica até a Idade Média. A deficiência era concebida sob uma perspectiva estritamente religiosa e sobrenatural. Partia-se da premissa de que as pessoas com deficiência eram simplesmente dispensáveis para a sociedade (LIMA; VIEIRA; SILVA, 2017), como indivíduos improdutivos, “verdadeira carga a ser arrastada pela família ou pela sociedade” (BARBOZA; ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 24).

Nas sociedades clássicas grega e romana, bem como no contexto medieval, a religiosidade era responsável pela garantia de uma coesão social, bem como comumente era utilizada para suprir questionamentos não passíveis de serem respondidos empiricamente. Por isso, os motivos da deficiência eram atribuídos às divindades, a Deus, ou simplesmente tidos como resultado de um pecado cometido pelos ascendentes ou apenas uma advertência (BARBOZA; ALMEIDA JUNIOR, 2017).

Através de diversas explicações religiosas, como “ser fruto da ira dos deuses”, “obra do diabo” ou “resultado dos pecados dos pais”, o modelo da dispensabilidade ou da prescindência, em linhas gerais, resultou em um processo agudo de exclusão. Entendia-se que as pessoas com deficiência nada tinham a contribuir; assim, a sociedade poderia delas prescindir, seja através de práticas eugênicas – como o infanticídio –, ou mesmo através de isolamento social, tornando-as, de qualquer forma, marginalizadas (FERRAZ; LEITE, 2015). Conforme se analisará a seguir, apenas no século XX se consolidou outro modelo relativo à compreensão da deficiência.

2.2 Modelo médico ou reabilitador

A partir da modernidade, em decorrência de novos padrões científicos, a deficiência passou a ser compreendida como uma patologia, ou seja, como consequência de um fator biológico e, portanto, de natureza

individual (BARBOZA; ALMEIDA JUNIOR, 2017). Preocupou-se em explicar a deficiência através de causas científicas, considerando-a como resultado exclusivo das limitações funcionais do indivíduo. A pessoa com deficiência deveria ser tratada a partir de intervenções médicas, possibilitando sua reabilitação, para que assim pudesse se adequar aos padrões sociais (LIMA; VIEIRA; SILVA, 2017).

O modelo médico ou reabilitador individualiza a deficiência, a ponto de considerá-la como decorrência de condições de saúde, física ou mental, e apenas tais condições seriam responsáveis pela exclusão da pessoa com deficiência do âmbito social. O fim dessa exclusão dependeria tão somente da cura do indivíduo (FERRAZ; LEITE, 2015).

Sua integração à sociedade apenas seria possível se fosse reabilitada ou "normalizada". Através da reabilitação a pessoa com deficiência poderia ter outra qualidade de vida e, enfim, ser integrada à sociedade (BARBOZA; ALMEIDA JUNIOR, 2017).

Apesar de os tratamentos médicos terem proporcionado melhor qualidade de vida às pessoas com deficiência, principalmente aquelas com alguma diversidade funcional física, esse modelo ocasionou a subestimação desses indivíduos, e tal situação acarreta

uma atitude paternalista, centrada nos déficits dessas pessoas (e não em suas potencialidades), consideradas com menos valor do que as demais (válidas e capazes). (BARBOZA; ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 25).

O modelo médico ou reabilitador começou a ser criticado, especialmente, na década de 1960. O reconhecimento da deficiência como uma questão individual proporcionou o entendimento de que a sociedade e o Estado estariam desobrigados do dever de tomar qualquer medida para eliminar as barreiras que impedissem as pessoas com disfunções corporal ou mental de terem pleno acesso aos meios sociais, como educação, mercado de trabalho, entre outros (FERRAZ; LEITE, 2015).

Nessa perspectiva, os indivíduos não reabilitados, por diversas razões, passariam a depender tão somente de assistência social, ou mesmo de atos de caridade, sem que houvesse instrumentos sociais aptos a promoverem a inclusão desses indivíduos, uma vez que a sociedade e o Estado não possuíam tal responsabilidade (LIMA; VIEIRA; SILVA, 2017).

Enquanto não fossem curadas, as pessoas com deficiência eram consideradas inválidas, sem possibilidade de acesso ao mercado de trabalho e até mesmo a direitos fundamentais. Ademais,

a pessoa com deficiência não era reconhecida enquanto sujeito de direitos e deveres como qualquer outra pessoa, mas tão somente como destinatário de práticas assistencialistas e de caridade. (FERRAZ; LEITE, 2015, p. 96).

O modelo médico consagrou o procedimento asilar como alternativa para o tratamento das pessoas com deficiência intelectual ou psíquica, que carregam um maior estigma e eram ainda mais marginalizadas socialmente, sendo denominadas "loucas". Pretendia-se efetuar internações desses indivíduos com o intuito de promover uma higienização social. Ao comentar o caso do Hospital Psiquiátrico de Barbacena-MG, que veio a ser conhecido como Colônia, Requião (2016) destaca que:

Sem contato com o mundo exterior, os abusos sofridos eram de toda sorte. A substituição das camas por capim no chão onde os internos dormiam, urinavam e defecavam, trancados à noite no pavilhão, para no dia seguinte voltar a dormir no mesmo capim que, quando muito, era submetido a um banho de sol. E, o pior, o reconhecimento e a indicação da adoção de tal prática, o chamado leito chão, por parte do poder público em 1959.

A ausência de alimentação adequada, com diversos internos bebendo inclusive água de esgoto que corria a céu aberto no pátio da instituição. [...]

A não separação dos pacientes, convivendo adultos e crianças, homens e mulheres, muitas vezes nus, prostrados no pátio e até cobertos por moscas [...]. (REQUIÃO, 2016, p. 97).

A superação do modelo da dispensabilidade para o modelo médico ou reabilitador não proporcionou o fim das desigualdades e da exclusão sofridas pelas pessoas com deficiência, uma vez que não se reconheceu a autonomia desses indivíduos, dando-lhes plena acessibilidade (FERRAZ; LEITE, 2015).

2.3 Modelo social de deficiência

A partir da década de 1970, principalmente nos Estados Unidos e na Inglaterra, intensificaram-se os estudos acerca da deficiência, que

passaram a se basear em uma nova perspectiva, pautada na promoção de direitos civis às pessoas com deficiência, reconhecendo-lhes a garantia de uma vida digna e independente. À vista disso, consolidou-se o chamado modelo social de deficiência, assim denominado pelo sociólogo britânico Mike Oliver (FERRAZ; LEITE, 2015).

O ativismo das pessoas com deficiência, principalmente daquelas que se encontravam em instituições residenciais, os chamados manicômios, contribuiu para o surgimento desse novo modelo. Esses movimentos sociais, protagonizados pelas próprias pessoas com deficiência, passaram a exigir um tratamento adequado às suas necessidades e autonomia, denunciando também os abusos praticados no método asilar ao longo das primeiras décadas do século XX (REQUIÃO, 2016).

Diferentemente do modelo médico ou reabilitador, nesse novo paradigma fez-se necessário distinguir a deficiência das limitações funcionais da pessoa. Compreendeu-se que as limitações do corpo e da mente são atributos físicos, sensoriais ou psicológicos inerentes à pessoa; enquanto a deficiência é resultado de barreiras sociais, que acarretam a exclusão da pessoa que se encontra fora dos “padrões”. Nessa perspectiva, a deficiência não é uma patologia estritamente, decorre de restrições do meio. É resultado de ações produzidas por pessoas que não têm deficiência, uma vez que são estas que criam obstáculos que geram a exclusão social, econômica e cultural. Por isso, impõe-se à sociedade e ao Estado a obrigação de adoção de medidas necessárias para a supressão dessas barreiras sociais (FERRAZ; LEITE, 2015).

O modelo social busca a real inclusão das pessoas com deficiência, enfatizando sua autonomia e contribuindo para o desenvolvimento de um bem-estar comum (LIMA; VIEIRA; SILVA, 2017). Essa autonomia é compreendida além do contexto meramente patrimonial, corresponde à liberdade do sujeito de tomar decisões relativas à sua própria vida, com independência e sem subordinação à vontade de um terceiro. Pauta-se na atribuição de plena capacidade ao indivíduo, de forma a lhe proporcionar uma vida digna (REQUIÃO, 2016).

As pessoas com deficiência passam a ser tratadas, materialmente, como sujeitos de direitos fundamentais. Em razão disso, deixam de depender de ações de caridade do Estado, podendo exigir a efetivação

de seus direitos à inclusão e à acessibilidade, que devem ser promovidos através de políticas públicas estatais (LIMA; VIEIRA; SILVA, 2017).

2.3.1 Convenção das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência: superação do paradigma da integração para a inclusão

A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, e seu protocolo facultativo, da Organização das Nações Unidas (ONU), foi assinada pelo Estado brasileiro na cidade de Nova York, no dia 30 de março de 2007. Em 10 de julho de 2008, foi aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n. 186. Por fim, foi promulgada através do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, consolidando, assim, a adoção do modelo social de deficiência no âmbito interno. Trata-se do primeiro tratado internacional sobre direitos humanos aprovado sob o rito disposto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (GUGEL, 2019).

A mencionada norma internacional fundamenta-se, especialmente, nos princípios da não discriminação, acessibilidade, independência, autonomia e segurança da pessoa com deficiência. Seu principal objetivo é proporcionar respeito à dignidade humana, à igualdade e à liberdade pessoal, promovendo a inclusão social desse grupo, protegendo e assegurando o exercício pleno e em igualdade de oportunidades de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais (GUGEL, 2019).

Cabe ressaltar que a própria ideia de dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito – art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 –, está relacionada a uma série de direitos fundamentais. Trata-se de direitos civis, políticos e sociais, como as liberdades clássicas – de pensamento, religião –, liberdade de participação e associação, e direitos ao trabalho, à assistência, à educação, à saúde, entre outros. Assim, conclui-se que a dignidade humana contempla todos os direitos fundamentais, em todas as suas dimensões ou gerações (RIBEIRO, 2019).^[1] A referida norma, recepcionada como emenda à Constituição, considera que a garantia da dignidade humana da pessoa com deficiência se dá com o reconhecimento de sua autonomia, independência e, principalmente, liberdade para realizar suas próprias escolhas. Dessa forma, não é a deficiência *per se* que incapacita o sujeito, e sim o conjunto de suas características pessoais com o meio no qual está inserido. Nessa perspectiva, a

própria sociedade seria responsável por tirar a capacidade do indivíduo (SETUBAL; FAYAN, 2016).

Promover a autonomia da pessoa com deficiência é a principal diretriz estabelecida pela Convenção das Nações Unidas de Nova York. Tal reconhecimento se faz necessário para que esse grupo possa decidir sobre sua própria vida, bem como para que seja possível eliminar as barreiras sociais e culturais, promovendo igualdade de oportunidades. "Isso provoca o empoderamento da pessoa com deficiência, que passa a tomar suas próprias decisões e assumir o controle de seu projeto de vida" (BARBOZA; ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 35).

A partir dessa nova tutela jurídica dada às pessoas com deficiência, não mais se admitiu o antigo regime jurídico da capacidade civil aplicado, que acarretava maior exclusão social, podendo o representante legal, nos casos de incapacidade absoluta, substituir integralmente o interdito nas tomadas de decisão da vida civil.

3 Capacidade civil das pessoas com deficiência

O ordenamento jurídico atribuiu aos seres humanos – às pessoas naturais – bem como às pessoas jurídicas a titularidade das relações jurídicas. Proporcionando-lhes a denominada capacidade jurídica, ou seja, a "aptidão genérica para a prática de atos da vida civil" (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 318), conforme disposto no art. 1º do Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

A capacidade jurídica, em sentido genérico, pode ser subdividida em duas categorias: a capacidade de direito, também denominada de aquisição ou de gozo, e a capacidade de fato, ou de exercício. Segundo Farias e Rosenthal (2016), a capacidade de direito confunde-se com a concepção de personalidade, uma vez que diz respeito à aptidão genérica e universal de ser titular de direitos e deveres. Trata-se da capacidade atribuída a toda pessoa humana, que deriva do próprio nascimento com vida e se perde com a morte (TARTUCE, 2019).

Por outro lado, a capacidade de fato, ou de exercício, corresponde à aptidão atribuída à pessoa natural de praticar os atos da vida civil pessoalmente. Toda e qualquer pessoa possui capacidade de direito,

que de modo algum lhe pode ser negada; entretanto, não necessariamente possuirá a capacidade de fato, pois esta resulta da observância de condições biológicas e legais (TARTUCE, 2019). Assim, nem toda pessoa terá a aptidão de praticar pessoalmente atos jurídicos. Reunindo-se a capacidade de direito e a capacidade de fato, tem-se a capacidade civil plena (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

A capacidade de fato admite, portanto, gradação, razão pela qual é possível que haja pessoas plenamente capazes, absolutamente incapazes ou relativamente incapazes. Nesse ponto terá incidência a teoria da incapacidade, pois a capacidade de direito, sendo absoluta e universal, não admite qualquer variação, uma vez que está relacionada com a própria personalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), em atenção ao reconhecimento da autonomia individual, da liberdade de realizar as próprias escolhas e da independência das pessoas com deficiência, afirmou em seu artigo 12 que: "as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida" (BRASIL, 2009). A fim de compatibilizar a legislação infraconstitucional com a nova perspectiva constitucional inclusiva, a Lei n. 13.146/2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão, repete o texto normativo da Convenção, prevendo em seu art. 84 que este grupo "tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas" (BRASIL, 2015).

O objetivo do Estatuto foi dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, para que a pessoa com deficiência deixasse de ser estigmatizada como incapaz. E, à luz de uma perspectiva constitucional isonômica, garantir sua plena capacidade civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

No § 1º do art. 84, há a previsão de que, quando necessário, ou seja, excepcionalmente, a pessoa com deficiência será considerada incapaz, sendo submetida ao procedimento da curatela. Entende-se a curatela como um instituto jurídico destinado à proteção do maior incapaz, em que um curador é nomeado para zelar pelos interesses daquele, suprimindo a impossibilidade de exteriorização de vontade do curatelado (REQUIÃO, 2016). Com a inovação legislativa,

compreende-se que o conceito de deficiência não mais se confunde com o da incapacidade para a vida civil.

A pessoa com deficiência desfruta, plenamente, dos direitos civis, patrimoniais e existenciais. Já o incapaz, por seu turno, é um sujeito cuja característica elementar é a impossibilidade de autogoverno. Assim, a proteção dedicada pelo sistema jurídico a um incapaz há de ser mais densa, vertical, do que aquela deferida a uma pessoa com deficiência, que pode exprimir a sua vontade. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 327).

A Lei n. 13.146/2015 expressamente prevê que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa – art. 6º da referida norma. Com isso, a pessoa com deficiência tem assegurada a prática de atos da vida civil pessoalmente, sem representação ou assistência. Isso significa que a capacidade de fato, ou de exercício, é a regra, e a incapacidade, a exceção (LIMA; VIEIRA; SILVA, 2017).

Rejeita-se a ideia de que a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência teria garantido tão somente a capacidade de direito, sob pena de tornar sem eficácia as modificações introduzidas pela referida norma. O Estatuto da Pessoa com Deficiência modificou consideravelmente o rol de pessoas consideradas incapazes pelo Código Civil brasileiro, previsto em seus arts. 3º e 4º. As pessoas com deficiência foram retiradas do rol de incapacidade absoluta ou relativa, isto é, a deficiência física, psicossocial, intelectual ou sensorial, por si só, não implica incapacidade jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Conforme redação originária do art. 3º da codificação civil, não apenas os menores de 16 anos eram considerados absolutamente incapazes, mas também aqueles que por enfermidade ou deficiência mental não tivessem o discernimento necessário para a prática de atos da vida civil, e os que, por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade (TARTUCE, 2019).

Ainda, a redação originária do art. 4º, ao dispor sobre os relativamente incapazes, além de incluir os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, referindo-se aos viciados em substâncias alcoólicas e aos toxicômanos, cuja dependência psíquica ou física fosse comprovada, e os pródigos, incluía os que por deficiência mental tivessem discernimento reduzido; bem como

os chamados "excepcionais", sem desenvolvimento mental completo (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Atualmente, a pessoa com deficiência apenas será considerada relativamente incapaz quando, em razão de algum fator de natureza pessoal, não puder exprimir sua vontade, seja por causa temporária ou mesmo definitiva (TARTUCE, 2019). Entretanto, segundo Tartuce (2019), para que seja considerada relativamente incapaz, não há que falar em uma ação de interdição, propriamente dita, mas sim em uma ação de instituição de curatela ou nomeação de um curador, que admite graus de variação de acordo com a necessidade da pessoa a ser curatelada.

Com efeito, o vocábulo "interdição" revela-se incompatível com o pluralismo inerente ao Estado Democrático de Direito. Além de medida coercitiva e opressiva, que imprime uma marca indelével na pessoa, ela remete a uma sentença nulificante do exercício de situações existenciais e redutiva da complexidade e singularidade do ser humano a um quadro psíquico – o que, por si só, legitimaria a neutralização da subjetividade pelo alter ego do curador. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 349).

Portanto, à luz do mencionado art. 84 da Lei n. 13.146/2015, toda pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao pleno exercício da capacidade legal, observando-se condições de igualdade substancial, ou material, com as demais pessoas. Subsidiariamente, quando for necessário, poderá ser submetida ao procedimento da curatela, facultando-se aos capazes civilmente a adoção do procedimento da tomada de decisão apoiada, previsto no art. 1.783-A da codificação material (TARTUCE, 2019).

A legislação supramencionada visa adequar toda a teoria das incapacidades, prevista na codificação civil, com os princípios constitucionais introduzidos pela Convenção das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência. Por isso, tão somente para a proteção da própria dignidade do indivíduo é que se justifica a retirada de sua plena capacidade jurídica. Em cada caso concreto, o julgador deverá analisar o grau de incapacidade do sujeito mediante efeitos existenciais, e não apenas pelas consequências econômicas ou sociais (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

A previsão atual do *caput* do art. 3º do Código Civil possui a seguinte redação: "são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os

atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos". Dessa forma, não há mais a possibilidade de uma pessoa maior de idade ser considerada absolutamente incapaz no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, mesmo que não possua discernimento necessário para a prática de determinados atos jurídicos, não poderá ser submetida a uma proibição total para o exercício de direitos. Excluiu-se a possibilidade de ação de interdição absoluta no sistema jurídico pátrio (TARTUCE, 2019).

Não há mais "incapacidade absoluta por deficiência psíquica ou intelectual. O critério médico, até então utilizado, foi suplantado por um critério meramente objetivo, etário" (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 332). Assim, apenas menores de 16 anos submetem-se à incapacidade absoluta.

As hipóteses relativas à incapacidade relativa, constantes no art. 4º do Código Civil, também sofreram significativas modificações. Com as alterações introduzidas pela Lei n. 13.146/2015, a previsão relativa às pessoas com deficiência intelectual foi removida do inciso II do art. 4º do Código Civil (TARTUCE, 2019). Salienta-se que a redação anterior do art. 4º, inciso III, incluía no rol de pessoas relativamente incapazes os "excepcionais". Contudo, a atual redação do art. 4º, inciso III, da codificação civil, introduzida pela Lei n. 13.146/2015, considera como relativamente incapazes "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade" (BRASIL, 2015).

Trata-se de hipótese que anteriormente estava prevista no rol da incapacidade absoluta, no art. 3º, inciso III, da própria codificação. A título de exemplo, podem ser enquadradas nessa previsão as pessoas em coma, internadas em Unidade de Terapia Intensiva (UTI), que não podem externar sua vontade, mesmo que temporariamente; bem como indivíduos com mal de Alzheimer, que não podem exprimir o que pensam, entre outros (TARTUCE, 2019).

Nesse ponto, encontra-se a convergência entre a teoria das incapacidades e a tutela jurídica das pessoas com deficiência. Excepcionalmente, se a pessoa com deficiência não puder exprimir sua vontade, poderá ser considerada relativamente incapaz mediante procedimento de curatela. Contudo, não é a patologia ou o estado psíquico do sujeito que configura a causa da incapacidade, mas sim a impossibilidade de manifestar sua vontade (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

É possível concluir que, entre as hipóteses de incapacidade relativa previstas no art. 4º do Código Civil, além daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (inciso III), também poderão ser submetidos à curatela os pródigos (inciso IV) e os ébrios habituais e viciados em tóxicos (inciso II), na forma do art. 1.767 do Código Civil (MACHADO, 2016).

A curatela, procedimento especial de jurisdição voluntária, consubstancia-se no reconhecimento da impossibilidade de manifestação de vontade pelo sujeito, que eventualmente poderá ser uma pessoa com deficiência, inclusive uma pessoa com deficiência intelectual, resultando na prolação de uma sentença que reconhece o projeto terapêutico individualizado. Conseqüentemente, conduz o sujeito à incapacidade relativa, com a designação de um curador, que tem por função preservar os seus interesses, superando o paradigma da substituição de vontades, que cerceava a autonomia individual. Ademais, a decisão judicial deve especificar os atos da vida civil que serão limitados, de forma a indicar o nível da curatela (TARTUCE, 2019).

É necessário destacar que não há possibilidade de a curatela alcançar direitos existenciais como o direito à privacidade, ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à saúde, à educação, ao trabalho, entre outros; ou seja, o referido procedimento está limitado aos direitos de natureza negocial e patrimonial, conforme se denota pelo disposto nos arts. 6º e 85, *caput* e § 1º, da Lei n. 13.146/2015 (FIGUEIREDO, 2019).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu significativas modificações na curatela, alterando dispositivos do Código Civil que regulamentavam o sobredito procedimento. Citam-se a possibilidade de o próprio curatelando promover o processo que define os termos da curatela, conforme o art. 1.768, inciso IV, da codificação civil; a previsão de curatela compartilhada no art. 1.775-A; bem como a obrigatoriedade de uma equipe multidisciplinar participar do processo, conforme disposto no art. 1.771 (FIGUEIREDO, 2019).

Ainda, o art. 1.772, parágrafo único, do Código Civil prevê que o juiz deverá considerar a vontade da pessoa a ser submetida à curatela para a escolha do curador, bem como a ausência de conflitos de interesses e de influência indevida, além de priorizar a proporcionalidade da medida protetiva às circunstâncias pessoais do curatelando. Também traz previsão de que aqueles que, por causa transitória ou

permanente, não puderem exprimir sua vontade devem ter o apoio necessário para a preservação do direito à convivência familiar e comunitária, conforme o art. 1.777 (FIGUEIREDO, 2019).

Entretanto, o Código de Processo Civil de 2015 tramitou concomitantemente à Lei Brasileira de Inclusão e, por sua vez, revogou expressamente os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil, além de dispor sobre a mesma matéria em seus arts. 747 e seguintes. Convém esclarecer que, durante a *vacatio legis* do novo Código Instrumental – de um ano –, sobreveio o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou a redação original do Código Civil que tratava da curatela, ainda em vigor. Nesse contexto, revela-se que houve um

inequívoco descuido do legislador. Como resultado dessa falta de diligência, vários avanços determinados pela LBI, em homenagem à CDPD, acabaram subsistindo por pouquíssimo tempo. (FIGUEIREDO, 2019, p. 141).

Segundo magistério de Farias e Rosenvald (2016), é necessário promover uma interpretação sistemática, de forma a harmonizar as normas legais para a maior tutela jurídica do curatelando. Até porque o Estatuto da Pessoa com Deficiência entrou em vigor antes e se trata de norma especial, relativa à proteção da pessoa humana. Entretanto, destaca-se que está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 757/2015, que tem por propósito apresentar uma solução para esse conflito intertemporal de normas.

O estatuto supracitado também inovou ao incorporar à legislação ordinária um novo procedimento, a tomada de decisão apoiada – incluindo o art. 1.783-A –, a fim de garantir às pessoas com deficiência uma tutela jurídica adequada. O referido procedimento não implica qualquer restrição na autonomia do indivíduo (MACHADO, 2016).

Na tomada de decisão apoiada, com a iniciativa exclusiva da pessoa com deficiência, são nomeadas duas pessoas com as quais esta possua vínculos e nas quais tenha plena confiança. Esses apoiadores têm por função prestar apoio nas tomadas de decisão desse sujeito vulnerável sobre atos da vida civil, fornecendo-lhe informações necessárias a fim de facilitar a comunicação e compreensão de sua vontade. Os indivíduos nomeados atuam como verdadeiros conselheiros, e não como assistentes ou mesmo representantes (REQUIÃO, 2016).

Cumprе ressaltar que o legislador brasileiro impediu a realização do referido procedimento de forma extrajudicial, sendo necessária a participação do Ministério Público como *custos legis*, fiscal da lei (MENEZES, 2016).

4 Sujeito democrático: continente da pessoa com deficiência

A mudança de paradigma conceitual provocada pelo modelo social de deficiência enfatiza a necessária correlação entre acessibilidade, igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana (RIBEIRO, 2015). Para que as pessoas com deficiência possam participar ativamente da sociedade, é necessária a eliminação das barreiras presentes no ambiente, com a consequente adaptação e adequação dos sistemas sociais comuns. Isso é possível através da equiparação de oportunidades (SASSAKI, 2019).

As recentes garantias previstas na legislação brasileira, que reconhecem a plena capacidade civil da pessoa com deficiência, são a concretização do direito à igualdade na diversidade (GONZAGA, 2015). Percebe-se a ascensão da pessoa com deficiência como sujeito democrático, no sentido empregado por Touraine (1998). A consolidação da pessoa com deficiência como um sujeito democrático ocorre mesmo em uma sociedade que, no passado, deliberadamente a estigmatizava como alguém ineficiente e incapaz.

4.1 Sujeito democrático na perspectiva de Alain Touraine: reconhecimento e emancipação da pessoa com deficiência

O ideal democrático, inicialmente, se propôs a estabelecer uma luta contra toda forma de desigualdade social, através da afirmação de que todos são iguais e semelhantes, e de que, enfim, chegaria o momento em que todos seriam cidadãos do mundo. Contudo, na perspectiva de Touraine (1998), atualmente, esse ideal democrático se baseia na concepção de que todos são diferentes, mas que em cada indivíduo há o esforço para combinar, de modo livre em sua experiência de vida, as atividades econômicas e técnicas que são comuns a todos com a particularidade de sua identidade pessoal e coletiva (TOURAINЕ, 1998).

Em outras palavras, a democracia não se resume exclusivamente em um conjunto de garantias institucionais e formais, mas, sim, corresponde à luta dos sujeitos, em sua cultura e liberdade, contra a estrutura dominante dos sistemas sociais. Por isso, é fundamental que a democracia crie espaços visíveis de participação, além de garantir o pluralismo e o respeito à diversidade (GADEA; SCHERER-WARREN, 2005).

A diversidade que caracteriza a humanidade é fator a ser garantido na democracia. Nesse contexto, a referência ao sujeito democrático coloca em evidência a emancipação do ator social, que age em respeito à liberdade do outro, contra estruturas de dominação vigentes. A ampliação do sujeito, termo empregado no sentido atribuído por Alain Touraine, implica a consequente ampliação da democracia. Ser sujeito significa ser ator, ter uma postura atuante no meio social, inclusive para modificá-lo, e não simplesmente ser determinado pelo meio. Dessa forma, a liberdade do sujeito será constituída a partir de seu envolvimento com o outro, na busca pelo reconhecimento, em sua universalidade e particularidade (GADEA; SCHERER-WARREN, 2005).

A democracia não se resume a um conjunto de instituições, mas corresponde, principalmente, a uma luta das minorias contra sua redução à condição de excluídos; trata-se do combate ao poder e à ordem estabelecida. Portanto, envolve a constituição do sujeito, do ator social, levando em conta o contexto histórico, ou seja, examinando a emergência de uma nova conjuntura social, com novos problemas e conflitos, e também novos atores (GADEA; SCHERER-WARREN, 2005).

Nessa conjuntura, a busca das pessoas com deficiência pela sua auto-determinação revela a ascensão desses indivíduos como sujeitos democráticos. Cumpre esclarecer que, em um passado não muito distante, o tratamento dado pela sociedade às pessoas com deficiência resumia-se a uma total exclusão social, marcada por uma conduta social de subalternidade, que acentuava a invisibilidade em geral que a sociedade atribuía a esse grupo (RIBEIRO, 2015).

Essa marginalização foi marcada por períodos de verdadeira institucionalização, em que as pessoas com deficiência intelectual ou psicossocial, principalmente, eram submetidas a um tratamento asilar, ou seja, manicomial, tido como única alternativa viável (REQUIÃO, 2016). Ainda, essa exclusão foi marcada por períodos de integração, em que a

deficiência era interpretada como um problema atribuído ao próprio indivíduo e que por isso competia a ele capacitar-se para então viver em sociedade (RIBEIRO, 2015).

O estigma carregado pela pessoa com deficiência a considerava inabilitada para a aceitação social, visto que não se enquadrava no padrão de normalidade. "O estigma, como fato social que é, se forma não somente a partir da constatação da diferença, mas também da atribuição de um valor negativo a esta" (REQUIÃO, 2016, p 127). Promovia-se verdadeira redução da pessoa a sua deficiência, tida como uma doença na visão médica, e por isso desconsideravam-se todos os demais fatores que a tornam uma pessoa humana. Em relação à pessoa com deficiência intelectual ou psíquica, esse estigma se manifesta através do fato de que a deficiência é vista como loucura, em um sentido que diminui o indivíduo (REQUIÃO, 2016).

Em um contexto geral, a própria sociedade impõe barreiras que promovem a exclusão das pessoas com deficiência, a exemplo das relacionadas a atitudes, como o medo, preconceito, estigma, e das relativas ao meio ambiente, evidenciando-se pela inacessibilidade física; e impõe até mesmo empecilhos institucionais, que acarretam discriminações de natureza legal, impedindo a plena inclusão desses indivíduos (LANNA JÚNIOR, 2010).

Entretanto, foi a partir da década de 1970, sobretudo, que as pessoas com deficiência se destacaram como atores de movimentos sociais, empreendendo intensa luta pela cidadania e pelo reconhecimento de direitos humanos no contexto da deficiência. Assim como as mulheres e as minorias étnicas, por exemplo, podem ser analisadas na perspectiva dos estudos de Alain Touraine, concluindo-se pelo despertar, ou seja, pelo protagonismo desses indivíduos como sujeitos democráticos na atualidade,^[2] essa análise também pode ser aplicada às pessoas com deficiência. Dessa forma, conclui-se que as pessoas com deficiência igualmente tornaram-se atores sociais (LANNA JÚNIOR, 2010).

Esses indivíduos destacaram-se como sujeitos na contemporaneidade, reivindicando o reconhecimento de sua autonomia e liberdade para estabelecer seu singular projeto de vida, englobando a afirmação de seus direitos sexuais e de planejamento familiar, além de exigir a plena inclusão em todos os setores da sociedade, seja profissional,

seja educacional, entre outros. Tornaram-se, portanto, protagonistas do processo de redemocratização da sociedade brasileira, ocorrido no final da década de 1970 (LANNA JÚNIOR, 2010).

A realização do ideal democrático se viabiliza por meio da conjugação de igualdade social e reconhecimento da diferença. Tal reconhecimento é realizado através da superação da situação de subordinação social, quando o indivíduo não é colocado em uma posição de participe da vida social, isto é, o reconhecimento da diferença possibilita que o indivíduo passe a ser ator social, capaz de interagir com os outros em situação de paridade (FRASER, 2007).

Por isso, reafirma-se que a igualdade a ser buscada fundamenta-se na vontade e no esforço de cada ator de ser diferente e poder criar sua própria vida particular; ou seja, "somos iguais entre nós somente por que somos diferentes uns dos outros" (TOURAINÉ, 1998, p. 72).

Não se perca de vista a distinção fundamental entre a diferença e a desigualdade. Nesta última os indivíduos ou grupos humanos estão juridicamente, uns em relação aos outros, em posição de superioridade-inferioridade, o que implica negação da igualdade e da dignidade. A diferença, ao contrário, realça a diversidade humana e deve ser comemorada. (RIBEIRO, 2019, p. 111).

O reconhecimento desse ator social e cultural não se confunde com uma redução ao individualismo, até porque isso implicaria situações limitadas. Ao contrário, corresponde à referência ao sujeito pessoal, que evidencia a ação libertadora e a afirmação de experiência, bem como de uma cultura e de uma solidariedade, ao tempo em que afirma uma consciência de pertencimento e a luta contra a dominação (TOURAINÉ, 1998).

Por isso, o empoderamento da pessoa com deficiência, baseado no modelo social de deficiência, e, conseqüentemente, seu reconhecimento como sujeito democrático, tornou inviável a manutenção de um modelo de capacidade civil pautado na substituição na tomada de decisões (FERRAZ; LEITE, 2015).

O instituto da curatela, como concebido anteriormente às alterações legislativas promovidas pela Lei Brasileira de Inclusão, tinha o objetivo de proporcionar uma proteção aos interesses do incapaz, que

não possui o necessário discernimento para gerir seus próprios bens. Contudo, na prática, provocava uma verdadeira intervenção nos direitos humanos do incapacitado, uma vez que implicava uma agressiva restrição à sua liberdade individual (FERRAZ; LEITE, 2015).

Essas limitações e interferências em sua privacidade e intimidade não significaram uma melhoria de qualidade de vida. Ao contrário, revelaram-se desproporcionais, podendo até significar um cerceamento de direitos. Quer dizer, o afastamento do interdito de suas tomadas de decisão na vida civil, através da substituição de sua vontade pela do curador, acarretou a eliminação da possibilidade de sua real inclusão na sociedade. Tal conjuntura apenas reforçava o caráter negativo atribuído à diversidade (FERRAZ; LEITE, 2015).

O reconhecimento da capacidade civil plena da pessoa com deficiência, consagrado pela Convenção das Nações Unidas e, posteriormente, pelas alterações da Lei n. 13.146/2015, significou o respeito pela dignidade e autonomia das pessoas com diversidade funcional, que passaram à qualidade de sujeitos de direitos e deveres, em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo destinatárias de normas que reconhecem a deficiência como uma questão de direitos humanos. As causas da deficiência são sociais, uma vez que não se encontram nas limitações do indivíduo, mas sim nas limitações da própria sociedade. É no âmbito social que se encontram as barreiras atitudinais, físicas, culturais, entre outras, que impedem a plena participação da pessoa com diversidade funcional (FIGUEIREDO, 2019).

Pode-se afirmar que as mudanças provocadas no ordenamento jurídico brasileiro pela Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e pela Lei Brasileira de Inclusão revelam a reafirmação da pessoa com deficiência como sujeito democrático. Trata-se da consolidação desse sujeito enquanto ator atuante na sociedade, a partir do reconhecimento de sua condição de igual em relação aos demais; contudo, em respeito à sua diversidade (TOURAINÉ, 1998).

Trata-se do estabelecimento, no plano jurídico, de uma igualdade como reconhecimento, respeitando as pessoas em suas diferenças, de forma a aproximá-las, igualando as oportunidades e consagrando o ideal de uma democracia, na perspectiva apresentada por Alain Touraine. E tal concepção está expressa na redação no artigo 3.d da Convenção da

ONU: "Os princípios da presente Convenção são [...] O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade." (BRASIL, 2009).

5 Conclusão

A pessoa com deficiência passou por processos de segregação e marginalização social ocasionados pela compreensão da deficiência através de aspectos religiosos e científicos. A partir da década de 1970, essas perspectivas foram superadas. Com a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, consolidou-se o modelo social, que entende a deficiência como resultado da interação da pessoa que possui limitações funcionais com as barreiras presentes na sociedade. Houve o reconhecimento da diversidade de deficiências e da necessidade de promoção e proteção dos direitos humanos para esse grupo. Reconheceram-se esses sujeitos como titulares de direitos e deveres, ou seja, membros ativos da sociedade.

Não mais se admitiu o instituto da curatela, como concebido anteriormente às alterações legislativas promovidas pela Lei Brasileira de Inclusão, visto que, com o objetivo de proporcionar uma proteção aos interesses do incapaz, que não possui o necessário discernimento para gerir seus próprios bens, provocava, na prática, uma verdadeira intervenção nos direitos humanos do incapacitado, implicando uma agressiva restrição à sua liberdade individual. O reconhecimento da capacidade civil plena da pessoa com deficiência, a sua retirada do rol de absolutamente incapazes, com a revogação das expressões "deficiência mental", "excepcionais, sem desenvolvimento mental completo", bem como os mecanismos de apoio à tomada de decisão, como o previsto no art. 1.783-A do Código Civil, reafirmam o respeito pela dignidade e autonomia das pessoas com deficiência. Essas passaram, no plano jurídico, à qualidade de sujeitos de direitos e deveres, em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo destinatárias de normas que reconhecem a deficiência como uma questão de direitos humanos.

As pessoas com deficiência destacaram-se como atores sociais na contemporaneidade sobretudo a partir da década de 1970, reivindicando o reconhecimento de sua autonomia e liberdade para estabelecer seu singular projeto de vida, englobando a afirmação de seus direitos

sexuais e de planejamento familiar, além de exigir a plena inclusão em todos os setores da sociedade, profissional, educacional, entre outros. O empoderamento da pessoa com deficiência corresponde à referência ao sujeito democrático, na perspectiva empregada por Alain Touraine.

Trata-se da consolidação desse sujeito enquanto ator da sociedade, a partir do reconhecimento de sua condição de igual em relação aos demais; contudo, em respeito à sua diversidade. Portanto, no plano jurídico, foi estabelecida a igualdade respeitando as pessoas em suas diferenças, de forma a aproximá-las, igualando as oportunidades, consagrando o ideal de uma democracia.

Referências

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 13, p. 17-37, 2017.

BRASIL. **Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 11 fev. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 93-113.

FIGUEIREDO, Ana Cláudia Mendes de. A capacidade jurídica das pessoas com deficiência: um novo paradigma construído sob a égide dos direitos humanos. In: GUGEL, Maria Aparecida (org.). **Diálogos aprofundados sobre os direitos da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: RTM, 2019. p. 129-153.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-644520070001000006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 set. 2020.

GADEA, Carlos A.; SCHERER-WARREN, Ilse. A contribuição de Alain Touraine para o debate sobre sujeito e democracia latino-americanos. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 25, p. 39-45, nov. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000200005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 13 set. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONZAGA, Eugênia Augusta. A pessoa com deficiência e o direito à acessibilidade. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 114-126.

GUGEL, Maria Aparecida. A pessoa com deficiência refletida nas normas internacionais, nas constituições, nas leis e de como a sociedade evoluiu. In: GUGEL, Maria Aparecida (org.). **Diálogos aprofundados sobre os direitos da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: RTM, 2019. p. 23-48.

LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (comp.). **História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos; Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

LIMA, Taisa Maria Macena de; VIEIRA, Marcelo de Mello; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre as pessoas com deficiência e sobre os impactos da Lei n. 13.146/2015 no estudo dos planos do negócio jurídico. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 17-39, 11 jan. 2017.

MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro: o caso do direito à privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 8, p. 47-80, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 9, p. 31-57, 2016.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: JusPodivm, 2016.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. O direito à igualdade, à dignidade e à autonomia da pessoa humana com deficiência. In: GUGEL, Maria Aparecida (org.). **Diálogos aprofundados sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Belo Horizonte: RTM, 2019. p. 107-127.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Pessoa com deficiência, acessibilidade e direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 127-141.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Pessoas com deficiência psicossocial e seus direitos. In: GUGEL, Maria Aparecida (org.). **Diálogos aprofundados sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Belo Horizonte: RTM, 2019. p. 49-76.

SETUBAL, Joyce Marquizezin; FAYAN, Regiane Alves Costa (org.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência** – Comentada. Campinas: Fundação FEAC, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e diversidade**: o sujeito democrático. Bauru: Edusc, 1998.

Notas

- [1] “Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexequibilidade.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Pleno]. MS 22.164/SP, Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 30 de outubro de 1995, **DJ**, p. 39.206, 17 nov. 1995).
- [2] No campo dos movimentos identitários, o feminismo, os movimentos étnicos e os movimentos jovens assumem relevância na esfera pública, na contemporaneidade latino-americana. Para o movimento feminista, pode-se destacar sua capacidade de associar vida profissional (racionalidade) e vida afetiva (subjetivação) com o desejo e a luta para ampliar a sua participação na esfera pública, ampliando a democracia. Quanto à etnicidade, para Touraine não há democracia sem o reconhecimento da diversidade entre as culturas e da dominação que existe entre elas. O sujeito deve combinar instrumentalidade e identidade. Dessa forma, pode-se observar que, no Brasil, o movimento negro vem combinando as lutas pela ação afirmativa, na esfera das políticas sociais, com as lutas contra a discriminação racial e o reconhecimento de suas raízes históricas e especificidades culturais (GADEA; SCHERER-WARREN, 2005, p. 5).

Autocrítica, honestidade intelectual e apego à verdade: o primado da ética na filosofia como resistência à autofagia nas universidades e instituições

Tatiana Almeida de Andrade Dornelles

Procuradora da República. Mestre em Criminologia e Execução Penal pela Universitat Pompeu Fabra (Espanha). Mestranda em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em Segurança Pública e Justiça Criminal pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Resumo: O presente artigo aponta a crise de credibilidade sofrida pelas universidades, especialmente nos departamentos de humanidades, e pelas instituições jurídicas em geral. Na primeira parte serão relacionados os problemas mais críticos apontados por autores que se dispuseram a desvelar os meandros do clima institucional ou a dissecar as doutrinas que geram mais polêmica e desconfiança, doutrinas essas muitas vezes encampadas por Judiciário, MPs e Defensorias. Na segunda parte, será exposta a corrente filosófica com a aptidão e o potencial de colocar-se como resistência à autofagia da desonestidade intelectual interna e aos ataques externos injustos.

Palavras-chave: crise institucional; liberdade de expressão; instituições; honestidade intelectual; ética.

Sumário: 1 Introdução. 2 Diagnóstico crítico das universidades. 3 Honestidade intelectual e o primado da razão prática: a ética e a verdade contra o obscurantismo. 4 Conclusão.

1 Introdução

De um lado, aqueles que não só são céticos da utilidade de cursos universitários não técnicos, como os cursos das chamadas humanidades, mas também advogam pela interrupção do financiamento público

desses cursos. A minoria mais extremista afirma que recursos públicos, que são limitados, deveriam ser destinados a cursos que pudessem formar profissionais que gerassem riqueza ao país ou retorno em serviços à sociedade, como cursos tecnológicos, engenharias, cursos em saúde ou produção. Afirmam que cursos como Antropologia, Artes, Sociologia, Filosofia, entre outros, são um luxo em países desiguais como o Brasil, que deveria estar formando profissionais para atuar no mercado econômico e produtivo. Ademais, afirmam também que esses cursos perderam a razão de ser quando se tornaram palanque para doutrinação política e ideológica de viés esquerdista. De igual modo, essa crítica também se estende contra instituições como Ministérios Públicos e Defensorias.

Do outro lado, estão aqueles que se preocupam com o futuro da universidade e temem que a mentalidade capitalista restrita possa desmantelar o objetivo precípuo da educação, que é a formação do ser humano. Dentro das instituições, há igual preocupação com o apelo tecnicista e a pressão contra uma atuação mais humana e social. Sua minoria extremista não consegue enxergar qualquer razão nas desaprovações lançadas, acusando os críticos de ignorantes, fascistas, extrema-direita e tudo mais do catálogo da autodefesa histórica.

No centro desses extremos, há uma maioria preocupada com a qualidade do ensino e das pesquisas e com a diminuição, aos olhos da população, da credibilidade e confiança nas instituições superiores de ensino e nas instituições constitucionais. Preocupam-se também com a visível intolerância a visões de mundo diferentes e como isso pode afetar a própria liberdade de cátedra do professor, assim como a necessária formação universal e crítica dos alunos. Não é incomum professores se sentirem temerosos em falar certos assuntos ou nuances das disciplinas que ensinam, assim como alunos com receio de perguntar algo que possa ser mal interpretado pela patrulha do instável politicamente correto vigente no momento.

Na primeira parte deste artigo, serão relacionados os problemas mais críticos apontados por quem corajosamente se dispôs a desvelar os meandros do clima institucional das universidades ou se dispôs a dissecar as doutrinas que geram mais polêmica e desconfiança acerca da seriedade do programa das humanidades, muitas vezes

encampadas por MPs e Defensorias. Na segunda parte, será exposta a corrente filosófica com a aptidão e o potencial de colocar-se como resistência à autofagia da desonestidade intelectual interna e aos ataques externos injustos.

2 Diagnóstico crítico das universidades

Greg Lukianoff e Jonathan Haidt, na obra *The coddling of the American mind: how good intentions and bad ideas are setting up a generation for failure* (2018), traçam um diagnóstico preocupante das universidades americanas. Os autores argumentaram que os alunos reagem cada vez mais a palavras, livros, imagens e palestrantes com medo e raiva porque foram ensinados a exagerar o perigo, a deixar suas emoções dominarem e a envolver-se no pensamento binário. A raiz do problema, argumentam Lukianoff e Haidt, é que pais, professores e administradores de faculdades têm levado os jovens a acreditar nas “Três Grandes Inverdades”.

A primeira delas é a inverdade da fragilidade. Essa é a ideia de que “o que não te mata te torna mais fraco”, e, portanto, os jovens devem ser protegidos contra tudo, inclusive ideias estressantes. E quando os alunos não aprenderam a lidar com a adversidade ideológica, eles tendem a recuar para “espaços seguros” ou atacar com raiva ou até violência. A segunda grande inverdade é que “você deve confiar e seguir suas emoções”. As emoções frequentemente atrapalham o raciocínio, mas os jovens costumam ouvir que, porque sentem que algo é verdade, então é realmente verdade. Portanto, se você sente que alguém cometeu uma “microagressão” contra você, então ele cometeu. E a terceira é a mentira nós versus eles – a visão errônea de que o mundo é dividido em pessoas boas e pessoas más. Você precisa ficar do lado do bem e lutar contra o mal. Uma vez que essa mentalidade seja absorvida, não há necessidade de diálogo ou debate, pois tudo que o outro lado pode dizer será mentira e propaganda.

As consequências mais preocupantes e visíveis no *campus* são os ataques contra a liberdade de expressão, a promoção da censura e o “cancelamento” de quem promove ideias que não sejam do consenso politicamente correto adotado. Algumas dessas hostilidades ao que é diferente descambam em agressões físicas. Os autores apontam

exemplos de ataques físicos a professores e alunos ocorridos em universidades, além de ameaças, humilhações públicas e depredações de bens, como carros estacionados de "inimigos". A justificativa dos protestantes e agressores seria o combate a ideias "fascistas", discriminatórias e preconceituosas.

Eric Kaufmann (2019), professor da Universidade de Londres, também denuncia a intolerância à diversidade de ideias no ambiente universitário. Segundo ele, o paradigma modernista que predomina na academia pode ser caracterizado pelos seguintes fatores: (1) Anti-intelectualismo – preferência por protestos, ocupações e acusações em vez de argumentos fundamentados, princípio analítico, método científico, evidência generalizável e deliberação; (2) Sacralização da igualdade de grupo – reivindicações de, ou em nome de, membros de minorias raciais e sexuais são sagradas e não podem ser contestadas; o testemunho pessoal conta como evidência e não pode ser considerado pelos padrões da ciência; em outras palavras, se alguém sente que foi alvo de racismo/sexismo/homofobia, configura-se um fato que não precisa ser provado; (3) Lugar totêmico da raça, da sexualidade e do gênero – o que prevalece é qual grupo é mais organizado, mesmo que objetivamente haja grupos mais vulneráveis.

Vários exemplos pelo mundo mostram como a mentalidade aqui denunciada pode gerar eventos e demandas esdrúxulas. São os casos de "cancelamentos" de cientistas, filósofos, autores e artistas clássicos em razão de acusações de imperialismo, "branquitude", eurocentrismo, masculinidade tóxica, "pouco inclusivo", etc. O sociólogo húngaro-canadense Frank Furedi, em artigo para a revista *Spiked*, relata um desses casos, que a cada dia parecem menos raros, ocorrido na renomada universidade britânica de Sheffield. Em nome da "inclusão", a direção da Sheffield está aconselhando o cancelamento nos currículos de Isaac Newton (1643-1727) (MATOS, 2021). O *New York Times*, por sua vez, publicou uma matéria sobre um professor de Princeton que defende a exclusão do estudo dos clássicos, incluindo todos os cânones da cultura greco-romana, como um golpe em favor da justiça racial (LOWRY, 2021). Esse professor e seus aliados afirmam que qualquer abordagem para estudar o mundo antigo que não procure escrever "uma história inteiramente nova sobre a antiguidade" é cúmplice de assassinato, escravidão e subjugação (LINKER, 2021).

Enquanto normalmente se associa a censura a movimentos da direita radical ou movimentos de extremistas religiosos, a verdade é que a nova modalidade de linchamento – chamada de cultura do cancelamento – está conectada umbilicalmente ao espectro político da esquerda progressista. Partem de setores ativistas de políticas identitárias, especialmente, a evidente intolerância a visões opostas, as mobilizações para humilhações públicas e isolamento de dissidentes e a tendência de enxergar questões políticas complexas pelas lentes de uma pretensa superioridade moral.

Alguns autores americanos comparam a cultura do cancelamento a um “novo macarthismo”, em referência à patrulha ideológica anti-comunista nos Estados Unidos dos anos 1950. Indicam também que o clima institucional é de temor do cancelamento, que paralisa pelo receio de um texto, imagem ou fala, ser percebido como provável fonte de reação canceladora, especialmente quando se tem a consciência de ser o assunto polêmico.

O clima nas universidades brasileiras não parecer ser diverso. Em agosto de 2020, intelectuais, cientistas e acadêmicos brasileiros assinaram o manifesto *Pela liberdade de expressão na universidade brasileira*, motivados pela preocupação com a intolerância à livre manifestação de ideias nas universidades (DRECHSEL, 2020). Entre vários fundamentos apresentados, argumentam que não basta a existência de infraestrutura física, prédios, bibliotecas, laboratórios equipados, insumos e pessoal valorizado e qualificado. São elementos essenciais, mas insuficientes para se criar um ambiente cultural pleno. Sem o reconhecimento do direito à livre circulação de ideias, à liberdade de pensamento e ao direito de divergir e criticar, “seremos prisioneiros da intolerância e da pura manifestação de pobreza intelectual” (DRECHSEL, 2020).

Há um ideal generoso por trás desses movimentos que defendem a “reescrita da história” e a limitação unilateral da liberdade de expressão. Entendem eles que esse seria o meio de enfrentar as injustiças históricas das quais padecem algumas minorias. Mas esse é um caminho perigoso. A aceitação dessa “estratégia”, especialmente dentro das universidades, está moldando o comportamento dos alunos de tal forma que enfraquece a capacidade da academia de buscar a verdade.

Mudou-se o paradigma precípua da educação como a busca por conhecer e entender a realidade para outro no qual a realidade possui importância relativa. A busca pela verdade, ou pelo menos pelo que se aproxima dela, é asfixiada para dar lugar ao ideal de transformação social. O sentido dessa transformação será definido pelo grupo político ideológico que domina o ambiente, às custas da ética educacional, do rigor científico e da liberdade de pensamento e expressão. É a pós-verdade do mundo acadêmico.

Chris William Callaghan, professor da Escola de Ciências Econômicas e Empresariais da Universidade de Witwatersrand, em Joanesburgo, África do Sul, faz uma afirmação polêmica e incômoda:

Historicamente, os alvos para o rótulo de pseudociência incluíram, entre outros, movimentos como psicanálise, psiquiatria biológica, marxismo e nazismo, e certas aventuras políticas históricas servem para ilustrar os perigos das alegações pseudocientíficas. Mas, sem dúvida, a fonte para a maioria das ideias pseudocientíficas tem sido as universidades. (CALLAGHAN, 2019, p. 9).

Essa afirmação está em seu artigo "*Lakatos revisited: innovation and 'Novel facts' as a foundational logic for the social sciences in an era of 'Post-truth' and pseudoscience*", em que o autor relaciona a era da pós-verdade e das pseudociências ao papel da pesquisa nas ciências sociais. A pós-verdade, palavra do ano de 2016, segundo o *Dicionário Oxford*, é relacionada à observação de que fatos objetivos são menos importantes na formação da opinião pública do que apelos a emoções e crenças pessoais. A emergência dessa infeliz era está ligada, segundo pesquisadores, às megatendências sociais, como o declínio no capital social, a crescente desigualdade econômica, o aumento da polarização, o declínio da confiança na ciência e um cenário de mídia cada vez mais fracionado (CALLAGHAN, 2019). E as universidades não são isentas de responsabilidade por esse cenário nem estão livres de serem influenciadas por essas tendências.

Segundo o autor, discussões públicas evidenciam como a ciência está tendendo à polarização. Não é mais segredo que figuras de autoridade utilizam de modo parcial e enviesado supostos resultados de pesquisas para influenciar o público, manipulando ou omitindo informações que não se encaixam em sua visão de mundo ou apoiam seu plano de

ação. Acusar o outro de propagar *fake news* é a mais nova arma para calar opositores, mesmo que as posições tenham respaldo em evidências. Ao mesmo tempo, algumas posições políticas que claramente não têm evidências científicas recebem grande apoio de autoridades e mídia. Tudo isso contribui para o descrédito geral da ciência e dos círculos acadêmicos.

Aos problemas mencionados acrescenta-se a noção pós-moderna de que a percepção subjetiva de alguém substitui qualquer noção de realidade objetiva. Esse tema é muito bem trabalhado em duas obras que deveriam estar em qualquer estante de um estudante de humanidades: *Imposturas intelectuais – O abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos* (2010), dos cientistas Alan Sokal e Jean Bricmont, e *Medo do conhecimento – Contra o relativismo e o construcionismo* (2019), do filósofo Paul Boghossian.

Na introdução do livro *Imposturas intelectuais – O abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos* (2010), Sokal e Bricmont explicam no que consistiu o famoso caso conhecido como *Sokal Hoax* ou, em português, Escândalo Sokal. Segundo os autores, há anos, eles se escandalizaram e se angustiaram pelo que parecia uma tendência crescente, em certos círculos acadêmicos americanos, na adoção de teorias consideradas, no mínimo, anticientíficas.

Os autores se referem à corrente intelectual genericamente chamada de pós-moderna, que passou a ser frequentemente patrocinada pelos departamentos de ciências sociais e humanidades das universidades. Embora essa corrente abarque uma série de tendências discursivas, são pontos em comum: a) rejeição, em maior ou menor grau, à tradição racionalista iluminista; b) discursos teóricos desconectados de testes empíricos; e c) relativismo cognitivo que concebe a ciência como um mito, ou apenas um modo de conhecer entre outros igualmente válidos, e os dados da ciência como uma construção social. Essa orientação intelectual passou a definir as publicações mais populares e aclamadas da área, a ponto de gerar a desconfiança de que qualquer absurdo poderia ser publicado e aplaudido, desde que seguisse determinada "receita". Assim surgiu a ideia da farsa ou do trote que Alan Sokal pregou à *Social Text*, afamada revista cultural americana.

Dessa maneira, em 1996, o professor de Física da *New York University* Alan Sokal submeteu a essa revista o artigo "*Transgressing the boundaries: towards a transformative hermeneutics of quantum gravity*" ("Transgredindo as fronteiras: rumo a uma hermenêutica transformativa da gravidade quântica"). Nesse texto, Sokal ridicularizou o "dogma" da existência de um mundo exterior independente dos indivíduos, proclamou que a realidade física, tal qual a realidade social, é uma construção social e linguística, e concluiu que as "imaginadas" constantes universais π de Euclides e G de Newton deveriam ser entendidas inevitavelmente por sua historicidade.

O texto, na palavra dos autores, foi construído como uma paródia. Para reforçar as sandices matemáticas, lógicas e físicas que compõem o artigo, o autor apelou para os "argumentos de autoridade" na área. Sokal compilou citações de eminentes filósofos franceses e americanos que doutrinam sobre as implicações da matemática e das ciências naturais, como a física, em contextos filosóficos ou sociais. Também usou com prodigalidade jargões e termos vagos comumente adotados no linguajar pós-moderno. Apesar da absurdidade e da ausência de sentido, o texto não só foi publicado como foi aplaudido em uma edição especial destinada a refutar a crítica ao construtivismo social. Logo Sokal revelou o embuste, gerando todo tipo de reação, desde agradecimentos comovidos pela exposição da nudez do rei a ataques pessoais virulentos. Sentiu-se a ausência de autocrítica, mas seria uma perspectiva ingênua. Acusado de má-fé, Sokal defende que a farsa fez parte do experimento bem-sucedido que comprovou a desconfiança acima relatada.

Como continuação dos estudos despertados pelo *Sokal Hoax*, Alan Sokal juntou-se a Jean Bricmont, físico teórico belga e filósofo da ciência, para analisar os principais textos de um conjunto de autores dessa tendência pós-moderna. O resultado, com a exposição espantosa de evidentes abusos e absurdos vergonhosos, está relatado na já mencionada obra, traduzida ao português, *Imposturas intelectuais* (2010). O que se demonstrou, com esmero e cautelosa diligência, é que vários ícones da corrente pós-moderna, como os famosos Jacques Lacan, Julia Kristeva, Bruno Latour e Luce Irigaray, entre outros, frequentemente se utilizaram de um ou mais dos seguintes recursos abusivos: (1) falar prolixamente de teorias científicas e empregar

sua terminologia sem se preocupar com seu significado; (2) incorporar noções das ciências naturais às ciências humanas, sem nenhuma justificação; (3) mostrar erudição, lançando mão de uma avalanche de termos técnicos em um contexto que resultam absolutamente inconsequentes, com objetivo de impressionar e intimidar o leitor que não é cientista; (4) manipular frases sem sentido com plena indiferença pelas palavras (SOKAL; BRICMONT, 2010).

Além de evidenciar a utilização desses expedientes desonestos nos textos dos autores analisados, Sokal e Bricmont foram bem-sucedidos em desconstruir a reputação que ostentam alguns textos de serem difíceis de ler por serem profundos. Em realidade, mostrou-se que determinados textos são incompreensíveis pelo simples motivo de serem destituídos de sentido, ou seja, são apenas palavras reunidas que não dizem nada.

Os autores concedem que houve uma crise na epistemologia e que há falhas nas posições tradicionais que podem e devem ser alvos de críticas. Contudo, essas falhas não autorizariam uma virada de 180° para desmerecer todos os valores do método científico, muito menos para deduções errôneas como a feita apressadamente por Feyerabend (1975 *apud* SOKAL; BRICMONT, 2010, p. 86): "Todas as metodologias têm suas limitações, e a única 'regra' que sobrevive é 'qualquer coisa serve'".

É uma redução típica do raciocínio relativista. Partindo de uma observação correta – "todas as metodologias têm suas limitações" –, apresenta uma conclusão totalmente falsa: "qualquer coisa serve". Existem muitas maneiras de nadar, investigar, respirar, pensar, e todas elas têm suas limitações, porém não é verdade que todas as alternativas sejam igualmente boas, efetivas ou viáveis. Os autores fazem a defesa do método científico, que, para a dupla, não é radicalmente diferente da racionalidade que aplicamos em nossa vida cotidiana ou em outros processos de conhecimento. Detetives, cozinheiros, encanadores – todo mundo – utilizam os métodos básicos de indução, dedução e avaliação de dados e resultados.

A defesa da ciência contra o relativismo e o construtivismo é realizada de maneira mais específica pelo filósofo americano Paul Boghossian.

Pergunta-se: terão igual valor uma teoria que explique que os seres humanos chegaram à América pela Ásia, através do Estreito de Bering, e uma teoria criacionista que sustenta que os povos nativos emergiram pela primeira vez na Terra a partir de um mundo subterrâneo de espíritos? Paul Boghossian abre seu livro *Medo do conhecimento – Contra o relativismo e o construcionismo* expondo esse questionamento.

Surpreendentemente, esse questionamento não é hipotético, pois é, sim, tomado a sério pelas tendências relativistas. Boghossian traz citações de arqueólogos renomados que reivindicam a tese de que “a ciência é apenas uma das várias maneiras de conhecer o mundo” e que a visão criacionista dos povos nativos é tão válida quanto a arqueologia tradicional, rejeitando a ciência como um modo privilegiado de ver o mundo (BOGHOSSIAN, 2019, p. 16-17).

Assim como Sokal e Bricmont, Boghossian reconhece que as críticas às epistemologias tradicionais são pertinentes. Não existe conhecimento totalmente objetivo, uma vez que outras influências (como interesse próprio ou ideologia) podem agir sobre quem busca o conhecimento. Contudo, embora a objetividade total seja inalcançável, a ciência dispõe de métodos e técnicas (observação, lógica, inferência, controle, revisão) que permitem aproximar-se da formação de uma crença racional sobre o objeto de estudo.

Esses autores demonstram que, embora haja discordâncias que devam ser consideradas, a crítica se perde quando pretende tornar-se uma teoria geral da verdade ou do conhecimento.

Essa visão de que tudo tem igual validade poderia atrair pouco interesse, caso fosse circunscrita a alguns excêntricos. Contudo, é uma tendência crescente e que aparentemente tende a tornar-se hegemônica nos círculos acadêmicos. O resultado é uma ênfase crescente na aceitação da realidade individual e no julgamento baseado apenas no sentimento do sujeito. Em outras palavras, o que se sente como certo representa sua verdade e não pode ser descartado ou rejeitado – obviamente, apenas se o sujeito estiver do “lado certo” da narrativa.

Perde-se objetividade, abre-se caminho para a manipulação emocional. H. Gardner explica como a capacidade dos líderes de mudar as mentes daqueles que lideram está se tornando cada vez mais baseada

na ressonância, ou na capacidade de fazer as pessoas “sentirem” que algo está certo, em oposição a razão, pesquisa, dados objetivos ou argumentos lógicos (MCCLELLAN, 2021). O resultado é que os fatos não parecem mais importar. A notícia é “falsa” se alguém sente que é, e a ressonância emocional determina a realidade da nova geração. Além disso, houve aproximação a uma visão consumerista da relação instituição de ensino/alunos. Os alunos são vistos como clientes, e o medo de litígios contribui para a tendência dos administradores de responder às preocupações dos alunos sem se envolver no tipo de pensamento crítico e diálogo que deve tipificar a academia. O objetivo não é educar, e sim evitar distúrbios.

Por fim, mas sem se esgotarem os problemas, há o enfraquecimento do ensino e da pesquisa como um todo. O enfraquecimento da liberdade de expressão, o medo do cancelamento e a tendência à hegemonia político-ideológica dentro das universidades tornam impossível a chamada “desconfirmação institucionalizada” – isto é, a prova de fogo da opinião contrária, que permite entender melhor o outro lado e aperfeiçoar os argumentos para superá-lo. Quando existe pluralidade de posições, as ideias lançadas passam por testes de validade: os opositores procuram as falhas, os equívocos, as simplificações dessa ideia. Essa contestação força o pesquisador a construir o argumento mais forte possível, ganhando a ciência como um todo. Quando isso deixa de ocorrer, o resultado é o que se vê com mais frequência: ideias rasas, teorizações pobres e questionamentos válidos da utilidade das universidades.

3 Honestidade intelectual e o primado da razão prática: a ética e a verdade contra o obscurantismo

Diante de todos os problemas expostos, existe alguma postura esperada do filósofo ou do aspirante a filósofo? Além da rejeição à doutrinação falaciosa e embusteira denunciada por Sokal e Bricmont, qual o papel da filosofia na defesa da importância do ensino das humanidades nas universidades e na própria atuação das instituições? Como a filosofia pode ser a resistência à autofagia da desonestidade intelectual interna e aos ataques externos injustos? A resposta está no primado da ética, corporificado na honestidade e no ideal da verdade.

Em análise da noção de honestidade intelectual em Nietzsche, Gustavo Costa (2015) entende que, para o filósofo prussiano, mais importante que normas ou códigos interpessoais morais e de veracidade, a probidade intelectual é uma relação de honestidade de si para consigo. O maior risco no autoengano é “converter nossas mentiras em convicções e nossas convicções em fins em si mesmas” (COSTA, 2015, p. 83). E a verdade é preferível à mentira. Isso se deve, segundo Nietzsche, ao cálculo social das vantagens. A confiança básica é a base da convivência em sociedade (PIMENTA, 2010).

O filósofo da linguagem Ludwig Josef Johann Wittgenstein também fez considerações sobre a honestidade intelectual (NASCIMENTO, 2020). Em seu tratado de lógica, o filósofo deixa claro que o papel da filosofia é clarificar os pensamentos, desfazendo confusões conceituais. A clareza lógica é colocada como um dever ético, seguindo o pressuposto de uma honestidade intelectual. Assim, a transgressão dos limites do sentido por meio da formulação de teses filosóficas deve ser considerada antiética.

A filosofia é a atividade crítica que deve eliminar a má compreensão, conduzindo os comunicantes a uma postura argumentativa mais honesta. Isso é tudo que os filósofos relativistas e construtivistas, tal como mostrado por Sokal, Bricmont e Boghossian, não fazem. Há uma predominância do desentendimento, da linguagem ininteligível e do mau uso da lógica – ou ausência dela. Para Wittgenstein, distanciado-se dos pós-modernos, a vida feliz é a vida sábia. E somente há vida sábia quando se admite a realidade, com suas misérias e vicissitudes, e quando se reconhece que existe um curso natural do mundo que é independente à sua vontade.

Na contramão das filosofias do irracional, há uma corrente filosófica que defende que o bem pensar é um princípio moral. Nas palavras do professor Marcelo Fabri:

Na nossa perspectiva, isso significa: enquanto resistência ética, o pensamento impede que a realidade humana seja reduzida a um universal (nação, estrutura genética, política, ser, etc.). Genética e filiação cultural não podem determinar o pensamento, pois este é, antes de qualquer coisa, um pensamento moral irreduzível. (FABRI, 2007, p. 19-20).

Nessa corrente filosófica, concebe-se a ideia do elemento ético da fenomenologia. Alguns autores se destacam nessa missão. O primeiro deles é o próprio fundador da fenomenologia, o filósofo e matemático Edmund Husserl. Nesse sentido, com a máxima do “retorno às coisas mesmas”, a fenomenologia já nasce com o componente ético da verdade. A *epoché* de Husserl traz a noção do pesquisador “desejoso de compreender como as coisas são, sem adaptá-las à própria pesquisa, aos próprios objetivos, aos próprios interesses e a finalidades pré-constituídas” (BELLO, 2006, p. 31).

A fenomenologia apresenta uma profundidade ética extraordinária exatamente por cobrar essa atitude de disponibilidade, prenúncio da honestidade intelectual. O primado ético na fenomenologia leva à rejeição a concepções simplistas do conhecimento ou da moral, sejam essas pela aderência a um mecanicismo naturalista determinista, sejam pela desvinculação a bens supremos ou realidades objetivas. Nesse passo, o segundo filósofo é Emmanuel Levinas, que parte da noção da existência do homem autêntico. Esse homem autêntico abriu mão da ingenuidade para abraçar a luta ética pela clareza, pela verdade e pela justiça (FABRI, 2007).

Esse apego à verdade e ao real também permeia a filosofia do existencialista Karl Jaspers. Para ele, a filosofia se vê rodeada de inimigos, como os convencionalismos, a aspiração apenas aos bens materiais, a visão limitante da ciência como arte prática, o ilimitado desejo de poder, o fanatismo das ideologias, entre outros. Para ele, esses são elementos da antifilosofia, que seria também uma filosofia, porém pervertida e autodestrutiva (JASPERS, 2011).

A verdade total é a meta maior da filosofia, embora esse não seja o desejo do mundo. A doutrina que despreza a verdade não pode ser filosofia. A filosofia busca a verdade, mesmo consciente de que a verdade não é estática nem definitiva. Ao contrário da dinâmica nós versus eles, o ouvir o outro é essencial, pois, a partir do intercâmbio com outros pensadores e da honestidade intelectual, o processo filosófico se faz e não se converte em credo ou ideologia.

Para Jaspers, a dignidade do homem reside em perceber a verdade. Sem verdade, não há liberdade. A verdade é significado último para o homem no mundo, “pois a veracidade sem reservas, que não se perde em

opiniões, coincide com o amor” (JASPERS, 2011, p. 140). Quem se dedica à filosofia quer viver para a verdade, não importando as consequências. Ele “prefere ser desgraçado em sua busca da verdade a ser feliz na ilusão” (JASPERS, 2011, p. 140). O milagre da filosofia está em expor à luz e afastar a obscuridade, os enganos e as falsidades, avançando de olhos abertos, expostos às críticas, que a fortalecem e a embelezam.

Por fim, corroborando os filósofos precedentes, Johann G. Fichte elabora a essência prática da razão. Entende que a razão é um dever e, assim, não pode ser estabelecida apenas teoricamente. Sem esse elemento prático/ético, o conhecimento é um vazio, pois não oferece possibilidade de orientação. A busca pela orientação, por conhecer o destino do homem, é a tarefa primeira do filosofar.

A racionalidade e a sensibilidade são componentes do homem e devem caminhar lado a lado. A razão guia a consciência de que o homem é um ser sensível; porém, ele não deve nunca abdicar de sua racionalidade em favor de um sentimento. Ao contrapor-se às ideias de Rousseau sobre o retorno do homem ao estado de natureza, Fichte explica que o conhecimento do filósofo francês possui a deficiência de todo o conhecimento baseado num simples sentimento não analisado. É, por um lado, incerto, porque não é possível explicar totalmente o seu sentimento; e, “por outro lado, o verdadeiro está aí mesclado com o falso, porque um juízo baseado num sentimento não analisado propõe sempre como equivalente o que, todavia, não é equivalente” (FICHTE, 2017, p. 43).

A filosofia deve instrumentalizar o homem a estar de acordo consigo mesmo, sem jamais se contradizer. Esse é um princípio fundamental da doutrina ética: o homem deve agir de forma que a sua vontade possa ser lei eterna para si. A vocação de todos os seres racionais e finitos é a unidade absoluta, a identidade incessante, a consonância racional consigo mesmo. Porém, isso não decorre de um estado natural, a habilidade de suprimir e extirpar as nossas próprias inclinações deficientes, de modificar as coisas fora de nós e de as alterar segundo os nossos conceitos, é adquirida por meio do exercício. A aquisição dessa habilidade chama-se cultura (FICHTE, 2017).

A coerência consigo mesmo é a meta suprema do homem. A felicidade está atrelada ao que é bom, e não o contrário. Sem moralidade não é possível nenhuma felicidade, embora se reconheçam possíveis sentimentos

agradáveis sem moralidade. Não obstante se saiba que ao homem não é permitido deixar de ser homem e tornar-se Deus, que essa é uma meta inatingível, seu dever é guiar sua conduta com esse objetivo, aproximando-se sempre mais desse intento. Para Fichte, “a perfeição é a meta suprema e inacessível do homem” (FICHTE, 2017, p. 10). A vocação do homem é tornar-se sempre moralmente melhor e, assim, tornar tudo à sua volta melhor. Esse é o caminho de uma vida mais feliz.

4 Conclusão

Os problemas nas universidades e no mundo jurídico – fenômeno que extrapola a realidade brasileira – são reais e preocupantes. A imaturidade comportamental e intelectual do corpo discente, descrita por Lukianoff e Haidt, é apenas reflexo de questões mais profundas que precisam ser elucidadas e ajustadas tanto nas instituições de ensino quanto na sociedade em geral. O clima polarizado das redes sociais incorpora-se na cultura do cancelamento, da rotulação, do identitarismo – tanto de esquerda quanto de direita –, que são males sociais que não deveriam estar na vivência acadêmica, muito menos em órgãos como o Judiciário e os MPs.

Das universidades se esperaria que atuassem como o último baluarte da liberdade de ensino e do trânsito livre de ideias, com a garantia do ordenamento jurídico. Infelizmente, a intolerância, a censura e o clima de medo são a tônica dessas instituições. As universidades abriram mão do papel de trincheira da ciência – em sentido amplo – ao deixarem de exercer com sobriedade sua missão de ser centros de excelência no conhecimento.

Não existe conhecimento nem justiça sem o compromisso de busca da verdade. Não existe conhecimento nem justiça se não se rejeitam a má-fé e tudo que é comprovadamente falso. Não existe conhecimento nem justiça se há a submissão à tirania da opinião pública. A livre circulação de ideias, aliada, obviamente, ao compromisso com a verdade e a honestidade intelectual, é o valor acadêmico e jurídico supremo. Se as universidades não resgatarem esses valores, em um futuro próximo, talvez percam o sentido de suas existências. E o mesmo destino pode ser de todo o sistema de justiça.

A atividade filosófica deve pautar-se pelo primado da ética e da busca da vida feliz, que não pode ser encontrada senão na verdade.

Referências

BELLO, A. A. Fenomenologia e ciências humanas: implicações éticas. **Memorandum**, Belo Horizonte, n. 11, p. 28-34, 2006.

BOGHOSSIAN, P. **Medo do conhecimento** – Contra o relativismo e o construcionismo. Tradução: Marcos Bagno. São Paulo: Ed. Senac, 2019.

CALLAGHAN, C. W. Lakatos revisited: innovation and 'Novel facts' as a foundational logic for the social sciences in an era of 'Post-truth' and pseudoscience. **Cogent Business & Management**, London, v. 6, n. 1, p. 1-18, 2019.

COSTA, G. Sobre o engano e a honestidade intelectual. *Mêtis, hypókrisis* e a "nova determinação da verdade" em Nietzsche. **Estudos Nietzsche**, Vitória, v. 6, n. 1, p. 79-96, jan./jun. 2015.

DRECHSEL, D. Intelectuais e acadêmicos fazem manifesto pela liberdade de expressão nas universidades. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 5 ago. 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/intelectuais-e-academicos-fazem-manifesto-pela-liberdade-de-expressao-nas-universidades/?ref=link-interno-materia>. Acesso em: 22 jun. 2022.

FABRI, M. **Fenomenologia e cultura**: Husserl, Levinas e a motivação ética do pensar. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

FICHTE, J. G. **Conferências sobre a vocação do sábio**. Tradução: Artur Morão. [S. l.]: LusoSofia Press, 2017. Versão PDF.

JASPERS, K. **Introdução ao pensamento filosófico**. Tradução: Leonidas Hegenberg; Octanny Mota. São Paulo: Cultrix Ltda, 2011.

KAUFMANN, E. The takeover of the American mind. **Spiked**, London, 22 Feb. 2019. Disponível em: <https://www.spiked-online.com/2019/02/22/the-long-takeover-of-the-american-mind/>. Acesso em: 21 jun. 2022.

LINKER, D. Cancel the classics? **The Week**, Washington, DC, Feb. 8, 2021. Disponível em: <https://theweek.com/articles/965573/cancel-classics>. Acesso em: 22 jun. 2022.

LOWRY, R. Rich Lowry: woke scholars want to cancel the classics. **The Salt Lake Tribune**, Salt Lake City, Feb. 10, 2021. Disponível em: <https://www.sltrib.com/opinion/commentary/2021/02/10/rich-lowry-woke-scholars/>. Acesso em: 22 jun. 2022.

LUKIANOFF, G.; HAIDT, J. **The coddling of the American mind**: how good intentions and bad ideas are setting up a generation for failure. New York: Penguin Press, 2018.

MATOS, F. A cultura do cancelamento e o fim das universidades. **Revista Oeste**, São Paulo, 13 maio 2021. Disponível em: <https://revistaoste.com/mundo/a-cultura-do-cancelamento-e-o-fim-das-universidades/>. Acesso em: 22 jun. 2022.

MCCLELLAN, J. L. Overcoming the three great untruths: developing leaders amidst the coddling of the American mind. **International Leadership Journal**, [s. l.], v. 13, n. 1, p. 66-92, 2021.

NASCIMENTO, M. Aspectos éticos da atividade filosófica no *Tractatus* de Wittgenstein. **Occursus - Revista de Filosofia**, Fortaleza, v. 5, n. 1, p. 29-51, jan./jun. 2020.

PIMENTA, O. Observações sobre a honestidade intelectual em Nietzsche. **Artefilosofia**, Ouro Preto, n. 8, p. 134-138, 2010.

SOKAL, A.; BRICMONT, J. **Imposturas intelectuais** – O abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos. Tradução: Max Altman. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

Identificação por perfil genético para fins criminais: reflexões sobre as modificações trazidas pela Lei n. 13.964/2019

Thales Messias Pires Cardoso

Procurador da República. Mestre em Direito Constitucional pela *Universidad de Sevilla*. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Especialista em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos pela Universidade Federal de Lavras (UFLA).

Resumo: Este artigo trata da utilização dos perfis genéticos, obtidos a partir do exame de DNA, para fins criminais. Contextualiza o emprego dessa técnica no Brasil, abordando a sua disciplina legal e os avanços na estruturação e alimentação de seus bancos de dados de perfis genéticos. Examina as principais modificações trazidas pela Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) sobre o tema. Conclui que, apesar de algumas alterações serem positivas, outras vão de encontro aos avanços alcançados desde 2014 na matéria.

Palavras-chave: direito processual penal; identificação criminal; exame de DNA; banco de dados de perfis genéticos; Lei n. 13.964/2019.

Sumário: 1 Introdução. 2 Da disciplina da identificação por perfil genético para fins criminais no Brasil. 3 Das alterações trazidas pela Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”). 3.1 Dos crimes cujos condenados devem se submeter à identificação do perfil genético. 3.2 Período de armazenamento dos dados genéticos em banco de dados. 3.3 Finalidade do uso da amostra coletada. Fenotipagem genética. Busca familiar. 3.4 Descarte da amostra coletada de pessoas condenadas. 4 Conclusão.

1 Introdução

O exame das informações contidas no ácido desoxirribonucleico (DNA), longa molécula em forma de escada retorcida, em dupla hélice, localizada no núcleo das células dos seres humanos, propicia uma

série de aplicações; em síntese, de natureza clínica, de pesquisa científica e para fins de identificação.

O presente artigo trata da utilização de perfis genéticos no âmbito da investigação e processo criminais. Assim, foca-se na análise de DNA para fins de identificação, que examina os polimorfismos, ou seja, as variantes de uma determinada sequência de DNA. Os polimorfismos se exteriorizam no DNA não codificante,^[1] que compõe a maior parte do genoma humano, e sua análise possibilita uma identificação única dos indivíduos, mediante o levantamento do perfil genético.

O exame de DNA para fins de identificação constitui a prova forense, que atende objetivos legais, como a elucidação da autoria de delitos, a apuração de vínculos familiares biológicos e o reconhecimento das vítimas de crimes e desastres.

A utilização do DNA, para a identificação de uma pessoa como autora ou não de um delito, dá-se a partir da comparação entre o perfil genético obtido da amostra biológica coletada da cena do crime (amostra duvidosa) e o extraído da amostra coletada de pessoa suspeita (amostra indubitada) ou ainda a partir de consulta aos bancos de perfis genéticos.

O Brasil conta com a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, que compreende o Banco Nacional de Perfis Genéticos – vinculado ao laboratório do Departamento de Polícia Federal – e os bancos de perfis genéticos – vinculados aos laboratórios oficiais dos Estados e do Distrito Federal, que se integram à rede por meio de acordo de cooperação técnica entre a União e o respectivo Estado ou o Distrito Federal.

Compartilham presentemente perfis genéticos na Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos os bancos de dados federal, do Distrito Federal e os de 20 dos 26 estados brasileiros.^[2] O número de perfis genéticos relativos à esfera criminal armazenados nos bancos de dados brasileiros vem aumentando significativamente. De acordo com o XV Relatório Semestral do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, divulgado em novembro de 2021 (MJ, 2021, p. 17-19), o número de perfis de DNA passou de 1.605 em novembro de 2014 para um total de 125.206.

Conforme o citado relatório, desse total, 104.076 perfis genéticos se referem a indivíduos identificados, sendo 102.005 de pessoas

condenadas; 1.129 perfis genéticos correspondem a pessoas identificadas criminalmente; 584 foram introduzidos por decisão judicial; e 358 se referem a restos mortais identificados.

Por outro lado, os perfis genéticos de pessoas não identificadas, procedentes de amostras coletadas em locais de crimes, somam 21.130. Foram registradas 3.226 coincidências entre perfis duvidosos e 1.012 coincidências entre perfis duvidosos e indubitados, que contribuíram com 3.427 investigações criminais. O *stain-person matches per person* no Brasil, isto é, o número de coincidências entre perfis de DNA duvidosos e indubitados pelo número total de pessoas incluídas nos bancos de dados é de 20,06%.

Apesar dos números referidos, que revelam avanços, a utilização do perfil genético para fins criminais no Brasil ainda é tímida em comparação a outros países.^[3] Não bastasse isso, algumas modificações legislativas na matéria trazidas pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, vão de encontro ao aprimoramento do uso da técnica em nosso país.

2 Da disciplina da identificação por perfil genético para fins criminais no Brasil

Por meio de modificação na lei sobre a identificação criminal do civilmente identificado (Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009), que regulamenta norma constitucional de eficácia reduzível (art. 5º, LVIII: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”), o legislador, através da Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012, inseriu a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético entre as hipóteses em que o juiz pode determinar a identificação criminal para fins de investigação penal e o seu armazenamento em banco de dados de perfis genéticos.

A mesma lei, ademais, alterou a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), estabelecendo a obrigação de os condenados por determinados crimes graves se sujeitarem à identificação por DNA e ao armazenamento de seus perfis genéticos em banco de dados.

Em ambos os casos emerge a questão relativa à coleta de amostra biológica indubitada, isto é, da pessoa investigada ou condenada, notadamente quando há recusa de se submeter ao exame. O tema remete

às ações sobre o corpo humano, que, entre nós, nem a doutrina nem a jurisprudência costuma desdobrar em classificações,^[4] referindo-se, em geral às intervenções corporais (CARDOSO, 2022, p. 138-139).

A legislação a respeito da coleta de material biológico, mesmo após as alterações trazidas pela Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), que serão abordadas mais adiante, é omissa quanto às consequências ao investigado ou condenado em caso de recusa no cumprimento da obrigação de se submeter ao exame de DNA. Há normas infralegais a respeito,^[5] mas perdura a ausência de lei em sentido estrito, o que gera insegurança no trato dos casos concretos, com risco de ocasionar nulidades e impunidade (ARRUDA, 2021, p. 48). Com efeito, é de se ver que, historicamente, nossa jurisprudência^[6] e doutrina afastam a possibilidade de execução coativa da intervenção corporal, por mais leve que seja, com base na interpretação do direito fundamental (processual) ao silêncio, entendido como direito à não autoincriminação.

Não obstante, conforme já tivemos a oportunidade de anotar alhures, não afronta a Constituição a intervenção corporal leve para fins de obtenção de amostra biológica, como é o caso da coleta de saliva por meio de *swab*, ainda que sem consentimento do examinado (submissão passiva), para obtenção do perfil genético para fins de investigação penal e o seu armazenamento em banco de dados de perfis genéticos:

Relativamente à obtenção da amostra biológica indubitada, a circunstância de que referida obtenção tenha lugar mediante uma intervenção corporal leve e realizada por pessoal habilitado indica a proporcionalidade da restrição ao direito à integridade corporal, incluso quando não ocorra o consentimento do afetado, hipótese em que a intervenção pode ser realizada de forma coercitiva, desde que prevista em lei e seja autorizada por decisão judicial prévia e motivada, e desde que não gere riscos à saúde ou envolva trato humano degradante. Por sua vez, a ingerência no direito de não produzir prova contra si mesmo tende a ser mínima, uma vez que nenhuma declaração é exigida, mas sim um simples deixar-se fazer, limitando-se a pessoa a tolerar que lhe seja praticada uma perícia, que pode resultar tanto incriminadora como exculpatória. (CARDOSO, 2022, p. 172).

De fato, julgado recente do Supremo Tribunal Federal (Plenário, RE n. 971.959, relator: ministro Luiz Fux, julgado em 14.11.2018, publicado em 31.7.2020) indica uma mudança de rumo na interpretação

do direito à não autoincriminação. Admite a sua relativização desde que: a medida não atinja o núcleo irredutível do direito fundamental, isto é, a vedação de se obrigar o investigado ou processado a “agir ativamente na produção de prova contra si próprio”; promova, a partir de um juízo de proporcionalidade, a efetivação de outros princípios fundamentais com os quais colide no plano concreto, no caso a efetividade da persecução penal,^[7] e não transgrida a dignidade da pessoa.

Nesse sentido, seria salutar que o legislador disciplinasse as consequências da recusa do investigado, processado ou condenado em se submeter à coleta de amostra biológica, prevendo, pelo menos, o procedimento da intervenção corporal leve a ser empregada, como sucede em outras legislações.^[8]

3 Das alterações trazidas pela Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”)

A Lei n. 13.964/2019, no intuito de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, trouxe alterações ao Código Penal, ao Código de Processo Penal e a diversas outras leis, inclusive à Lei n. 12.037/2009 e à Lei de Execução Penal no tocante à identificação do perfil genético para fins criminais e seu armazenamento em banco de dados. As principais modificações nessa matéria podem ser visualizadas no quadro a seguir:

Tabela 1 – Principais modificações trazidas pela Lei n. 13.964/2019

TEMA	Lei n. 12.037/2009 (redação anterior)	Lei de Execução Penal (redação anterior)	Modificações da Lei n. 13.964/2019
Crimes elegíveis para a identificação do perfil genético de condenados.	–	art. 9º-A: crimes praticados, dolosamente, com violência grave contra pessoa, ou por qualquer crime hediondo.	Alteração do art. 9º-A: suprimiu a previsão de qualquer crime hediondo. Inseriu crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou crime sexual contra vulnerável.

TEMA	Lei n. 12.037/2009 (redação anterior)	Lei de Execução Penal (redação anterior)	Modificações da Lei n. 13.964/2019
Exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados.	art. 7º-A: após o término do prazo de prescrição do delito.	–	Alteração do art. 7º-A: no caso de absolvição do acusado; ou decorridos 20 anos do cumprimento da pena.
Acesso do titular a seus dados genéticos armazenados nos bancos de perfis genéticos, bem como à sua cadeia de custódia.	–	Ausência de previsão.	Previsão no § 3º do art. 9º-A da Lei de Execuções Penais.
Finalidade do uso da amostra coletada.	–	Ausência de previsão.	art. 9º-A, § 5º, da Lei de Execuções Penais: a amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar.
Descarte da amostra biológica.	Ausência de previsão.	Ausência de previsão.	art. 9º-A, § 6º, da Lei de Execuções Penais: uma vez identificado o perfil genético, descarte imediato, para impedir a sua utilização para qualquer outro fim.

Fonte: Elaboração do autor.

A seguir, abordam-se as modificações em referência.

3.1 Dos crimes cujos condenados devem se submeter à identificação do perfil genético

O armazenamento de perfis genéticos em banco de dados possibilita a comparação entre dados cujos titulares são conhecidos com perfis genéticos obtidos de amostras colhidas em cenários de crimes, de pessoas desconhecidas, também armazenados, independentemente de medidas jurídicas e médicas de extração do material biológico de pessoas investigadas.

Não obstante sua importância para a persecução penal, é de se ver que a guarda desses dados afeta direitos fundamentais, pelo que as legislações de diversos países disciplinam os crimes, geralmente de natureza grave, em relação aos quais se exige o fornecimento do perfil genético; e qual o envolvimento do afetado com os referidos crimes, isto é, suspeito, investigado, processado ou condenado.

O sistema de bancos de dados do Reino Unido (*National DNA Database*) é bastante amplo quanto aos crimes elegíveis e inclui o armazenamento de perfis genéticos de pessoas inocentadas. A regra na maioria dos países europeus, todavia, é a inclusão de perfis genéticos em seus bancos de dados ser limitada aos crimes mais graves, como é o caso de França, Alemanha, Itália e Espanha.^[9] Nos Estados Unidos, a legislação federal obriga pessoas condenadas, presas ou processadas por crimes federais a se submeterem à coleta de amostra biológica para obtenção de perfis genéticos, a serem armazenados em seu banco de dados de perfis genéticos, o *Combined DNA Index System* (CODIS), que é interligado com os bancos de dados estaduais (HU; NAITO; DEL CARMEN, 2017, p. 5-6; 23-42).

No Brasil, no que toca à identificação criminal por meio de perfil genético para fins de dada investigação criminal, a Lei n. 12.037/2009 não fixa os crimes elegíveis, mas preceitua a necessidade de prévia ordem judicial, de ofício ou a partir de representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da Defesa (art. 3º, IV, c/c art. 5º, parágrafo único).

Por sua vez, quanto a pessoas condenadas pela prática de determinados crimes, a obrigação de submissão ao exame de DNA para a

obtenção do perfil genético independe de ordem judicial, sendo consequência da pena. O art. 9º-A da Lei de Execuções Penais previa como crimes elegíveis para a identificação do perfil genético de condenados os praticados, dolosamente, com violência grave contra pessoa, ou qualquer crime hediondo. Porém, a Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) modificou o art. 9º-A da Lei de Execuções Penais, suprimindo os crimes hediondos e mantendo apenas os crimes dolosos praticados com violência grave contra a pessoa, os crimes contra a vida e liberdade sexual e os crimes sexuais contra vulnerável.

A modificação legislativa, no ponto, revela inequívoco retrocesso (ARRUDA, 2021, p. 37). Ora, os crimes hediondos estão entre os mais graves de nosso ordenamento jurídico, tanto que sujeitos a regime mais gravoso, por disposição constitucional (art. 5º, XLIII). Preferiu o legislador, no entanto, restringir a coleta de material genético de condenados a crimes que geralmente deixam vestígios biológicos, reduzindo sobremaneira as hipóteses em que pessoas condenadas criminalmente devem ser submetidas à identificação do perfil genético.

Ficam de fora os crimes patrimoniais graves e muito recorrentes em nosso país, como hipóteses de roubo circunstanciado e qualificado, dificultando o uso da técnica em investigações não apenas desses crimes, mas de outros em que os condenados por tais crimes possam estar envolvidos. Crimes patrimoniais praticados com sofisticação, mediante grandes aparatos de armas de fogo, explosivos, equipamentos e vestimentas, podem ser elucidados mediante a comparação entre amostras duvidosas, coletadas nos cenários dos crimes, como sangue, saliva e fios de cabelo, e indubitadas, constantes em bancos de dados genéticos ou ainda mediante a expedição de mandado de coleta de material genético^[10] de suspeitos, detectados em diligências policiais efetivadas a partir, por exemplo, da identificação de veículos utilizados, no mais das vezes furtados ou roubados, e exame de câmeras de segurança e de histórico de Estações Rádio Base.

Considerando que, conforme já mencionado, a maior parte dos perfis genéticos de indivíduos identificados constantes nos bancos de dados brasileiros são obtidos de pessoas condenadas, a modificação legislativa em tela indubitavelmente repercutirá negativamente no uso de perfis genéticos para fins criminais.

3.2 Período de armazenamento dos dados genéticos em banco de dados

O armazenamento dos dados genéticos em bancos de dados afeta direitos fundamentais, notadamente os da intimidade genética e da proteção de dados pessoais, de maneira que é imperioso que o período de armazenamento seja proporcional à finalidade pretendida.^[11] Nesse sentido, nosso legislador fez originalmente a opção de fazer coincidir o referido período com o lapso prescricional do crime correspondente.^[12]

A Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) modificou o art. 7º-A da Lei n. 12.037/2009, o qual passou a dispor que, no caso de condenação, a exclusão do perfil genético se dará após decorridos vinte anos do cumprimento da pena. Esta disposição se assemelha à regra geral entre os países europeus, que é fixar um período de armazenamento contado da condenação ou da morte do agente.^[13] Afigura-se proporcional a alteração, na medida em que o armazenamento dos perfis genéticos perdura durante o período de duração do cumprimento da pena, fixada conforme os parâmetros do preceito secundário de cada tipo penal, mais vinte anos, tempos que, somados, propiciam razoável período para, potencialmente, esclarecer delitos por intermédio da comparação de perfis de DNA, inclusive no interesse da defesa.^[14]

Ademais, a modificação legislativa deixa expresso que o perfil genético deverá ser excluído no caso de absolvição do acusado. A lei permanece silente, todavia, quanto aos casos de arquivamento, sendo coerente interpretar que também deve ser excluído na hipótese, salvo se a investigação puder ser reaberta (art. 18 do Código de Processo Penal) (CARDOSO, 2022, p. 165).

3.3 Finalidade do uso da amostra coletada. Fenotipagem genética. Busca familiar

Os perfis genéticos são dados pessoais sensíveis e singulares, pois têm a aptidão de revelar informações sobre as pessoas, com precisão superior a qualquer outro meio, relativas a atributos biológicos, saúde passada, presente e futura, propensão a padecer de enfermidades e vínculos biológicos com outras pessoas, além de possibilitar uma identificação única dos indivíduos (ÁLVARES GONZÁLEZ, 2017, p. 15-16).

Assim, conforme antes expandido, o exame de DNA pode ser utilizado para diversos propósitos, variando o grau de afetação dos direitos fundamentais conforme a finalidade e a correspondente técnica empregada. Neste ponto, releva ressaltar que o dado genético obtido para fins de identificação é aquele extraído da parte não codificante do DNA, que não contém dados atinentes à saúde e à herança biológica. Os dados genéticos relativos à saúde e à herança biológica têm um potencial maior de repercutir sobre os direitos fundamentais, pois são atinentes ao núcleo da personalidade, podendo o seu manejo afrontar o exercício das liberdades e implicar em práticas discriminatórias (ÁLVARES GONZÁLEZ, 2017, p. 20).

Neste contexto, a inclusão do § 5º no art. 9º-A da Lei de Execuções Penais, que prevê que a “amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético”, representa concreção, no âmbito das atividades de investigação e repressão de infrações penais, do princípio da finalidade,^[15] que norteia o uso de dados de caráter pessoal,^[16] máxime os dados genéticos, de caráter sensível e singular, cujo tratamento deve observar restrições mais rigorosas.^[17]

O novel dispositivo, ademais, desautoriza “as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar” com as amostras biológicas colhidas de condenados. A fenotipagem genética no âmbito forense (*Forensic DNA Phenotyping*) busca identificar características físicas de um indivíduo a partir de amostras duvidosas, coletadas no local do crime, servindo como uma “testemunha biológica” (KAYSER, 2015, p. 33-48), a partir da qual se produz um “retrato falado” genético. Referida técnica, pois, tem o potencial de contribuir para a identificação do autor do crime, associada, sempre, a outras diligências probatórias.

Na medida em que a fenotipagem genética recai sobre perfis genéticos de pessoas identificadas cuja aparência física, portanto, já é conhecida, a vedação em tela é incoerente sob a perspectiva da identificação criminal. Por outro lado, nossa legislação não veda a fenotipagem genética de amostras biológicas de pessoas desconhecidas, pelo que, a partir de uma interpretação teleológica, é de se concluir que o dispositivo visa proibir o uso de perfis genéticos de pessoas condenadas para fins de pesquisas na área de fenotipagem (DA SILVA JUNIOR *et al.*, 2021, p. 51-60), portanto, para finalidades diversas da identificação criminal.

A busca familiar, por sua vez, é um protocolo que pode ser adotado diante de uma coincidência parcial entre o perfil genético obtido de amostra coletada no cenário do crime e o de pessoa identificada constante em banco de dados, de maneira que esta pessoa possa ser parente próximo (irmão, pai/mãe, filho) de potencial autor do crime (KAYE, 2010). Trata-se de técnica utilizada em alguns países^[18] quando as buscas nos bancos de dados de perfis genéticos não retornam uma coincidência direta.

A proibição da utilização da busca familiar no âmbito dos bancos de dados de perfis genéticos de condenados inviabiliza que a técnica possa contribuir na elucidação de crimes, como tem sido feito em outros países, associada a outras diligências probatórias. Por outro lado, é de se ver que a vedação não abrange outras fontes de perfis genéticos no âmbito forense, é dizer, "indivíduos identificados criminalmente, perfis inseridos com ordem judicial e restos mortais identificados" (DA SILVA JUNIOR *et al.*, 2021, p. 58).

3.4 Descarte da amostra coletada de pessoas condenadas

A fim de evitar que a amostra biológica obtida de pessoas condenadas seja utilizada para fins diversos dos previstos na lei, foi inserido na Lei de Execução Penal dispositivo (§ 6º do art. 9º-A) determinando que, uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida deverá ser correta e imediatamente descartada.

Trata-se, sem dúvidas, de previsão que salvaguarda os direitos fundamentais do titular do perfil genético, em vista da sensibilidade e especial singularidade dos dados genéticos que podem ser obtidos da amostra. Porém, é negativa sob a perspectiva probatória, pois implica o descarte de uma fonte de prova que poderia servir de evidência para outros casos, inclusive mediante a utilização de técnicas mais modernas de análise de DNA que possam sobrevir do avanço da tecnologia. Impede inclusive a reversão de condenações injustas, possibilitada pela conservação de amostras biológicas extraídas de locais de crimes e de pessoas.^[19]

Melhor seria se o legislador tivesse atribuído aos juízes da execução penal a decisão de conservar ou descartar as amostras biológicas

de pessoas condenadas à luz do caso concreto, como se observa no direito comparado, v.g., as legislações espanhola^[20] e portuguesa.^[21]

4 Conclusão

O Brasil vem avançando nos últimos anos na utilização do exame de DNA para fins criminais. Tem havido um grande crescimento no armazenamento de perfis genéticos em bancos de dados e nas coincidências entre perfis dubitados e indubitados, auxiliando a elucidação de crimes.

É evidente que o uso da técnica para fins criminais envolve questões sensíveis no campo dos direitos fundamentais. No entanto, essa análise não deve se restringir à perspectiva individual do investigado, processado ou condenado. Tal vai de encontro à observância, pelo Estado, de seu dever de propiciar uma persecução penal eficiente. É dizer, referida atividade estatal é condicionada pelo respeito aos direitos fundamentais individuais, mas este deve ser contrabalançado com a finalidade de tutelar, também, direitos fundamentais da comunidade e da vítima.

Essa busca por equilíbrio, à luz da clássica tensão entre liberdade e segurança, restou prejudicada por algumas alterações que a Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) trouxe no campo da utilização de dados genéticos para fins criminais. É verdade que algumas modificações se afiguram positivas, conforme antes mencionado. Porém, a supressão dos crimes hediondos dentre aqueles elegíveis para a submissão de pessoas condenadas ao exame de DNA para a obtenção de perfil genético e a previsão de imediato descarte da amostra biológica uma vez identificado o perfil genético de pessoas condenadas se mostram deveras negativas, pois diminuem o alcance de um meio de prova dotado de grande precisão, que pode contribuir sobremaneira com evidências tanto para acusação quanto para a defesa.

Também a previsão pouco técnica acerca da fenotipagem genética e da busca familiar, a par de revelar um possível aqodamento no trato da matéria, prejudica as discussões quanto à aplicação das técnicas pertinentes no âmbito criminal, sabido que a constante evolução da tecnologia pode contribuir na elucidação de crimes.

A perspectiva, portanto, é de que as modificações trazidas pela Lei n. 13.964/2019 quanto ao uso de perfis genéticos para fins criminais

limitarão o seguimento dos avanços alcançados desde 2014 na alimentação dos bancos da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e no número de coincidências entre perfis armazenados.

Referências

ÁLVARES GONZÁLEZ, Susana. Derecho a la privacidad e información genética. In: ÁLVARES GONZÁLEZ, Susana; GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana (dir.). **Un nuevo reto para los derechos fundamentales: los datos genéticos**. Madrid: Dykinson, 2017.

ARRUDA, Élcio. Política Criminal (d)e Impunidade. **Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 22, n. 130, p. 22-56, out./nov. 2021.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

CARDOSO, Thales Messias Pires. **Direitos fundamentais e tecnologia: o uso de dados genéticos para a persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

DA SILVA JUNIOR, Ronaldo Carneiro *et al.* Alterações Recentes na legislação brasileira aplicada aos bancos de perfis genéticos e seus impactos para a perícia criminal. **Revista Perícia Federal**, ano XVII, n. 48, p. 51-60, 2021. Disponível em: <https://apcf.org.br/wp-content/uploads/2021/12/REVISTA-APCF-48.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

DUART ALBIOL, Juan José. **Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal**. Madrid: J.M. Bosch Editor, 2014.

ENFSI – EUROPEAN NETWORK OF FORENSIC SCIENCE INSTITUTES. **ENFSI survey on DNA databases in Europe**, jun. 2016. Disponível em: <https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2017/01/ENFSI-Survey-on-DNA-Databases-in-Europe-June-2016.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

ESPAÑA. Glosario parlante de términos genómicos y genéticos. **National Human Genome Research Institute**, 2022. Disponível em: <https://www.genome.gov/es/genetics-glossary/>. Acesso em: 28 mar. 2022.

EUA. Bureau of Justice Assistance U.S. Department of Justice. An introduction to familial DNA searching for state, local, and tribal justice agencies: issues for consideration. **Bureau of Justice Assistance U.S. Department of Justice**, Washington, D.C., may 2012. Disponível em:

<https://bja.ojp.gov/library/publications/introduction-familial-dna-searching-state-local-and-tribal-justice-agencies>. Acesso em: 28 mar. 2022.

EUA. Federal Bureau of Investigation. **CODIS – NDIS Statistics**, oct. 2021. Disponível em: <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>. Acesso em: 28 mar. 2022.

HU, Xiaochen; NAITO, Mai E.; DEL CARMEN, Rolando V. Pre - and post - conviction DNA collection laws in the United States: an analysis of proposed model statutes. **Journal of Criminal Justice and Law**, v. 1, n. 1, p. 23-42, 2017.

KAPPLER, Susana Alvarez de Neyra. **La prueba de ADN en el proceso penal**. Granada: Comares, 2008.

KAYE, David H. "Familial searching": ten questions and answers. **Double Helix Law – Harvard Univ. Press**, 2010. Disponível em: <https://sites.psu.edu/dhlaw/2010/07/17/familial-searching-ten-questions-and-answers/>. Acesso em: 28 mar. 2022.

KAYSER, Manfred. Forensic DNA Phenotyping: predicting human appearance from crime scene material for investigative purposes. **Forensic Science International: Genetics**, n. 18, p. 33-48, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.fsigen.2015.02.003>. Acesso em: 28 mar. 2022.

MJ – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. **XV Relatório Semestral da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG)**: dados estatísticos e resultados – maio/2021 a nov./2021. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xv-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos-novembro-2021>. Acesso em: 28 mar. 2022.

MORO, Sergio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 853, p. 429-441, nov. 2006.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência, 14. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

PÉREZ MARÍN, María Ángeles. **Inspecciones registros e intervenciones corporales**: las pruebas de ADN y otros métodos de investigación em el proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Notas

- [1] Por sua vez, o DNA codificante é pouco polimórfico, por isso apresenta pouca utilidade para fins de identificação. Por outro lado, revelam os traços hereditários e predisposições genéticas, dados genéticos ainda mais sensíveis (ver ESPANA, 2022).
- [2] Pendente a inclusão dos laboratórios dos estados do Acre, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Sergipe e Tocantins, que, já operantes, encontram-se em processo de atendimento dos requisitos da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos para o compartilhamento de perfis genéticos.
- [3] De acordo com dados do *Federal Bureau of Investigation* (FBI) de outubro de 2021, os bancos de dados de perfis genéticos dos Estados Unidos armazenavam mais de 14 milhões de perfis genéticos, incluindo os de pessoas condenadas e presas, tendo registrado 587.773 coincidências entre perfis de DNA (EUA, 2021).

Conforme dados de 2016 da *European Network of Forensic Science Institutes* (ENFSI), divulgados no *ENFSI survey on DNA databases in Europe*, a base de dados do Reino Unido continha 4.733.755 perfis de DNA de pessoas identificadas e 504.050 de pessoas não identificadas, tendo registrado 427.287 coincidências entre tais perfis; o da França armazenava 3.282.418 perfis de pessoas identificadas e 351.876 de pessoas não identificadas, tendo registrado 26.295 coincidências; e o da Espanha continha 324.564 perfis de DNA de pessoas identificadas e 92.496 de pessoas não identificadas, tendo registrado 45.908 coincidências (ENFSI, 2016).

- [4] O Tribunal Constitucional espanhol, por exemplo, divide as ações sobre o corpo humano entre as diligências de averiguação que não lhe causam lesões (inspeções e buscas) e as intervenções corporais, que têm por objetivo coletar elementos ou substâncias, internas ou externas, como sangue, urina, cabelo e unhas, para submetê-las à perícia, inclusive para fins criminais (ver STC 207/1996. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3259>. Acesso em: 18 mar. 2022). Quanto à doutrina espanhola, vale citar Juan José Duart Albiol, que alude às investigações corporais como o gênero das ações sobre o corpo humano e as classifica entre inspeções corporais, revistas corporais e intervenções corporais (DUART ALBIOL, 2014, p. 72-73).
- [5] Ver Resolução n. 10, de 14 de março de 2019, que estabelece a padronização de procedimentos relativos à coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/resolucoes/resolucao10-coleta_12654.pdf/view. Acesso em: 29 mar. 2022.

- [6] Conferir jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, HC n. 71.373 (Plenário, relator: min. Marco Aurélio, julgado em 11.10.1994, publicado em 22.11.1996). Ainda, no âmbito cível, sobre a coleta de amostra biológica para exame de DNA em investigação de paternidade: HC 71.373 (Plenário, relator: min. Marco Aurélio, julgado em 11.10.1994, publicado em 22.11.1996). A favor da coleta de amostra biológica da placenta mesmo sem autorização da gestante, porém sem intervenção corporal, já que se tratava de material expelido naturalmente pelo corpo no momento do parto, ver RCL-QO 2040 (Plenário, relator: min. Néri da Silveira, julgado em 21.02.2002, publicado em 27.06.2003).
- [7] Consta na ementa do julgado em tela: “9. A persecução penal, pela sua natureza, admite a relativização de direitos nas hipóteses de justificável tensão (e aparente colisão) entre o dever do Poder Público de promover uma repressão eficaz às condutas puníveis e as esferas de liberdade e/ou intimidade daquele que se encontre na posição de suspeito ou acusado. É o que ocorre com a garantia do *nemo tenetur se detegere*, que pode ser eventualmente relativizada pelo legislador”.
- [8] No direito espanhol, não havendo consentimento da pessoa condenada por determinados crimes graves para a coleta da amostra biológica, e avaliados aspectos do delito e de seu autor (circunstâncias do fato, antecedentes e personalidade), poderá o juiz determinar a execução forçosa da medida “*mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad*”. (Artículo 129 bis do Código Penal espanhol).

Por sua vez, o direito português prevê que pode o juiz compelir aquele que “obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada”. Dispõe ainda que “Os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter”. (Artigo 172 do Código Processual português).

No direito norte-americano, a Suprema Corte, no caso *Maryland v. King*, de junho de 2013, entendeu: “*A gentle rub along the inside of the cheek does not break the skin, and it ‘involves virtually no risk, trauma, or pain.’[...] A brief intrusion of an arrestee’s person is subject to the Fourth Amendment, but a swab of this nature does not increase the indignity already attendant to normal incidents of arrest.*” Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/12-207>. Acesso em: 28 mar. 2022.

- [9] Acerca dos critérios fixados por diferentes países europeus, ver os parágrafos 45 a 48 da sentença do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos do caso *S. and Marper vs. The United Kingdom*, de 4 de dezembro de 2008 (disponível em: <https://rm.coe.int/168067d216>. Acesso em: jan. 2021).

- [10] Ver HC n. 5014096-87.2017.4.04.0000: “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO. ALTERAÇÃO DO QUADRO FÁTICO. COGNIÇÃO EXHAURIENTE NA VIA DE HABEAS CORPUS. DESCABIMENTO. ADITAMENTO À DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PERFIL GENÉTICO. ARTIGOS 3º, IV, E 5º, PAR. ÚNICO, DA LEI 12.037/09. REDAÇÃO DADA PELA LEI 12.654/2012. [...] 4. Nos termos do artigo 3º da Lei 12.037/09, mesmo tendo sido apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando esta for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa. (inciso IV). 5. *Na polissemia do termo ‘identificação’, contido na segunda parte do artigo 3º da Lei 12.037/2009, inclui-se o estabelecimento de identidade genética do material coletado na cena do crime e dos acusados e suspeitos sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de participação no delito em apuração, sendo que a garantia que se atribui aos suspeitos, em casos tais, é o controle e a fundamentação judicial acerca dos elementos de convicção quanto à ligação do suspeito aos fatos, a chamada cláusula provável, a autorizar a coleta de material genético, espécie probatória do gênero ‘busca e apreensão’, devendo ser indicadas as fundadas razões que justifiquem a medida, nos termos em que se dá a busca pessoal ou domiciliar (Código de Processo Penal, art. 240).* 6. Embora a matéria relativa ao parágrafo único do artigo 5º da Lei 12.037/09 (identificação criminal mediante a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético) esteja aguardando posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu repercussão geral no Recurso Extraordinário 973.837/MG, não há falar em nulidade da decisão do juízo singular que, fundamentadamente, tenha determinado a coleta do material biológico do paciente em atenção a requerimento do Ministério Público Federal efetuado ainda nos autos inquérito, porque presentes os requisitos legais necessários para a autorização da tal procedimento, não havendo falar em ilegalidade na medida.” (TRF4, Sétima Turma, relator: des. fed. Márcio Antônio Rocha, julgado em 23.5.2017, publicado em 25.5.2017).
- [11] Nesse sentido já preconizavam a Recomendação (87) 15 do Conselho da Europa, de 17 setembro de 1987, e a Recomendação (92) 1 do mesmo conselho.
- [12] Como é previsto, em regra, no direito espanhol (*Artículo 9.1 da Ley Orgánica 10/2007*).
- [13] Ver os parágrafos 45 a 48 da sentença do TEDH no caso *S. and Marper vs. The United Kingdom*, de 4 de dezembro de 2008.
- [14] Nesse sentido, ver o *Innocence Project*, entidade norte-americana que se vale do exame de DNA para comprovar condenações equivocadas. Disponível em: <https://innocenceproject.org/>. Acesso em: 28 mar. 2022.

- [15] Ver art. 6º, I, da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD).
- [16] Dados cuja proteção constitui direito fundamental em nosso ordenamento jurídico, conforme reconheceu inicialmente o Supremo Tribunal Federal (medida cautelar na ADI n. 6.387, relatora: min. Rosa Weber, julgado em 7.5.2020, publicado em 12.11.2020) e, mais recentemente, o legislador, por meio da Emenda Constitucional n. 115/2022, que incluiu o inciso LXXIX no art. 5º da Constituição Federal (“LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”).
- [17] Ver art. 11 da Lei n. 13.709/2018. Embora a LGPD não se aplique às atividades de investigação e repressão de infrações penais, pendente ainda lei específica a respeito do tratamento de dados pessoais para esse fim, é evidente que há disposições da referida lei aplicáveis a essas atividades, como é o caso das referentes ao princípio da finalidade, e outras incompatíveis, como é o caso das atinentes ao princípio do consentimento, uma vez que, na hipótese, este deve ceder em prol do interesse coletivo de prevenção e combate aos crimes. Nesse sentido, a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, que versa especificamente sobre o tratamento de dados pessoais para fins criminais (art. 10), e inspira o anteprojeto de lei brasileira sobre o mesmo assunto, segundo declarado na sua exposição de motivo, embora, diante de seu teor concreto, referida inspiração seja questionável (Ver Ofício n. 539/2020/SPPEA/PGR encaminhado pela Secretaria de Perícia e Análise do MPF ao procurador-geral da República, disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Sppea_PGR00456556.20205.pdf).
- [18] A legislação do Reino Unido, por exemplo, admite a busca familiar para crimes graves, assim como a de alguns estados norte-americanos (ver EUA, 2012).
- [19] Nesse sentido, ver o *Innocence Project*, entidade norte-americana que se vale do exame de DNA para comprovar condenações equivocadas.
- [20] Artigo 5 da *Ley Orgánica 10/2007*, de 8 de outubro.
- [21] Artigo 156 do Código de Processo Penal português.

A desobediência civil como meio para a preservação da liberdade e da igualdade

Thiago da Silva Cabreira

Assessor Jurídico na Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, Ministério Público Federal (PRRJ-MPF). Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes.

Resumo: Considerando o estado atual de evolução do Direito Constitucional, em especial no que toca ao estudo dos deveres e obrigações dentro da relação entre o Direito e a moral, este artigo busca responder a seguinte questão norteadora: em que medida e sob quais parâmetros de justificação é garantido aos cidadãos o direito político de resistir ao cumprimento de uma lei? A metodologia utilizada na elaboração da pesquisa tem por base um conjunto qualitativo de abordagens, fundamentando-se, principalmente, na lógica de investigação dialética, desenvolvendo uma análise acerca da possibilidade de que leis injustas e materialmente ilegítimas possam gerar obrigações exigíveis e imponíveis por meio de instituições adjudicativas, propondo um diálogo entre as concepções de Ronald Dworkin e Herbert L. A. Hart. O procedimento investigativo foi realizado exclusivamente com base em fontes bibliográficas, e o referencial teórico da pesquisa, por onde são interpretados os dados coletados, conjuga a teoria funcional da desobediência civil e a tese da unidade do valor, estruturadas por Ronald Dworkin. Em sede de considerações finais, o estudo sustenta, com base na concepção de que o Direito constitui um ramo da moral política, bem como na análise da responsabilidade ética fundamental do Ser, que as leis e os programas políticos de ação, quando ilegítimos, não são aptos a gerar obrigações morais exigíveis e imponíveis por meio de instituições adjudicativas, sendo certo que os cidadãos, a fim de preservar sua dignidade, têm o dever moral, consubstanciado em um direito político, de promover a desobediência civil em relação a esses atos, desde que dentro dos parâmetros e das justificativas interpretativas inseridas no bojo da teoria funcional de Ronald Dworkin.

Palavras-chave: igual respeito e consideração; legitimidade; direito e moral; direito humano básico; teoria funcional da desobediência civil.

Sumário: 1 Introdução. 2 A relação necessária entre a dignidade e a legitimidade. 3 O fenômeno das leis injustas. 4 A teoria funcional da desobediência civil. 5 Considerações finais.

1 Introdução

Não obstante ser objeto de discussão e divergência, de longa data, entre os juristas e filósofos do Direito, as inquietações que emergiram do dilema das leis injustas persistem na contemporaneidade, especialmente na segunda metade do século XX e nesta primeira quadra do século XXI.

Nessa linha, Gustav Radbruch (2010, p. 51), com base em sua concepção de Direito que tem por finalidade servir à justiça, buscou analisar a relação entre as injustiças extremas e aquilo que pode ser considerado como lei. Noutro passo, Herbert L. A. Hart (1983, p. 54) afirmou que leis primárias imorais são fontes geradoras de obrigações jurídicas válidas, enquanto das palavras de Henry David Thoreau (2012) depreende-se o chamamento à desobediência.

Em que pese a amplitude desses estudos, busca-se, no presente artigo, debruçar-se em questões como as condições de legitimidade dos atos de um governo coercitivo, as obrigações associativas morais dentro de uma comunidade política, bem como a impossibilidade de que leis injustas e ilegítimas sejam exigíveis e imponíveis pelo Poder Público.

Ao perpassar por esses temas, o artigo pretende verificar a hipótese de que as leis e os programas políticos de ação, quando ilegítimos, não são aptos a gerar obrigações morais exigíveis e imponíveis por meio de instituições adjudicativas, sendo certo que os cidadãos, a fim de preservar sua dignidade, têm o dever moral de promover a desobediência civil, desde que dentro dos parâmetros e das justificativas interpretativas inseridas no bojo de uma teoria específica.

O desenvolvimento desta pesquisa decorre, portanto, da necessidade de identificar parâmetros de legitimidade para os atos de um governo coercitivo que se diga justo, buscando fomentar o debate acadêmico acerca da possibilidade e justificação da desobediência civil em relação a atos injustos e ilegítimos, considerando a essencialidade dessa

discussão, de maneira livre, pública e ponderada, dentro de uma democracia liberal igualitária.

Para tanto, o presente artigo divide-se em três seções. Em um primeiro momento, busca-se identificar a relação entre a dignidade dos indivíduos que compõem uma comunidade política e as condições de legitimidade dos atos de um governo coercitivo justo. Nessa linha, delinear-se-á a concepção de dignidade do indivíduo, bem como a extrapolação dessa ideia do campo da ética para a moral, apontando os desdobramentos decorrentes dessa transposição.

Diante da identificação dessa relação, o estudo objetiva analisar a possibilidade de que leis ilegítimas e injustas possam gerar obrigações morais exigíveis e imponíveis por meio de instituições adjudicativas. Para tanto, são trazidas à baila, dialeticamente, duas formas de compreender a relação entre o Direito e a moral, bem como as consequências da adoção de cada teoria no que toca à possibilidade da constituição de obrigações imponíveis pelo Estado.

Por fim, com base em todo o arcabouço teórico construído, busca-se analisar em que medida a dignidade do indivíduo requer que, em situações específicas, seja promovida a desobediência civil em relação às leis e aos programas de ação política que violam o direito humano básico do cidadão.

2 A relação necessária entre a dignidade e a legitimidade

Para que se possa delinear de maneira clara a relação entre a dignidade dos indivíduos que compõem uma comunidade política e as condições de legitimidade dos atos de um governo coercitivo *justo*, é preciso tecer breves comentários acerca da distinção entre ética e moral, bem como da integração entre esses conceitos que estão inseridos na dimensão do valor.

Em síntese, no plano da ética, situam-se os juízos acerca de como as pessoas devem buscar uma concepção de viver bem, alinhada ao valor objetivo de suas vidas.^[1] Noutro giro, no plano da moral, encontram-se os juízos relacionados aos deveres que cada indivíduo, isoladamente considerado, tem perante outras pessoas.

A linha tênue que distingue esses planos deriva justamente do ponto de partida adotado para análise das responsabilidades que temos enquanto indivíduos dotados de valor objetivo. Nesse passo, e inicialmente, analisar-se-á a concepção de responsabilidade pelo prisma ético.

A partir dos imperativos propostos por Kant (2011, p. 72), em especial o dever fundamental de tratar a si próprio como um fim, e nunca como um meio ou um instrumento para a realização das vontades, ainda que estritamente pessoais, é possível enunciar dois ideais éticos que funcionarão como pilares interpretativos.

O primeiro princípio ético – o respeito por si mesmo – encontra fundamento no valor intrínseco ao Ser, descrevendo “uma atitude que os indivíduos devem ter em relação à própria vida” (DWORKIN, 2011, p. 205, tradução nossa). As pessoas devem considerar importante viver bem por princípio, atribuindo, progressivamente, valor à vida pela forma como executa esse grande projeto.

Não se trata de viver renovando as perspectivas pessoais, de buscar a felicidade e evolução permanentes, de possuir um estilo de vida único ou de se tornar o melhor colecionador de selos do mundo, mas sim de reconhecer que a vida não é um acaso, um indiferente no espaço e no tempo, enxergando o valor intrínseco de todo Ser e buscando realizar o projeto de viver bem, da melhor maneira que lhe for possível.

A outra face desse princípio ético, e, portanto, vinculada a ele, prescreve que os indivíduos devem agir com *autenticidade*, atribuindo valor de execução à vida a partir de expressões adequadas ao conjunto de ideais normativos pessoais e ao contexto em que se encontram insertos, aceitando os riscos e as consequências de suas decisões, desde que tomadas de forma *responsável* e *independente*.

Esses imperativos de valor amplamente compartilhados, ainda que em um grau interpretativo abstrato, são tratados por Ronald Dworkin (2011, p. 205, tradução nossa) como a própria dignidade dos indivíduos. A dignidade exerce, portanto, o papel de uma “ideia organizadora, pois isso facilita nosso projeto interpretativo de reunir princípios éticos largamente compartilhados em uma única descrição aglutinadora”.

Contudo, essa ideia de dignidade ainda é preliminar. É preciso delinear o que pode ser compreendido como uma tomada de decisão

independente e a forma como essas escolhas podem ser compatibilizadas com padrões críticos de execução, além, é claro, da maneira como se inserem no bojo de uma comunidade politicamente organizada.

Com efeito, se o indivíduo tem a responsabilidade ética fundamental de viver bem, as suas decisões devem ser tomadas com base em um sistema que evidencie suas causas e, conseqüentemente, a responsabilidade do indivíduo pelas conseqüências que delas decorrem.

Para tanto, é necessário que os indivíduos tenham a capacidade de formar crenças verdadeiras e de compatibilizar essa percepção acerca do mundo com suas decisões e padrões normativos individuais (DWORKIN, 2011, p. 226).

Dessa responsabilidade reflexiva decorre a exigência de que a formulação de crenças reais e coerentes relacionadas aos fatos e eventos que ocorrem no mundo seja feita pelo próprio indivíduo, sem a incidência de coações externas^[2] que possam, de alguma forma, interditar essa capacidade basal epistêmica.^[3]

Uma segunda capacidade, de caráter regulatório, incide sobre a percepção real e coerente que os indivíduos inferem dos fatos. Essa capacidade prescreve que as pessoas devem compatibilizar as crenças reais e coerentes com o conjunto de juízos éticos, portanto normativos, para, a partir disso, tomar decisões responsáveis.

Toda essa estruturação revela uma verdadeira teoria sobre a responsabilidade reflexiva do Ser. Por esse prisma, os argumentos kantianos há pouco referidos, especialmente no que toca ao reconhecimento dos indivíduos como um fim, tornam-se mais persuasivos, segundo Ronald Dworkin (2011, p. 266, tradução nossa), pois são entendidos como "um modelo interpretativo que faz a ligação entre a ética e a moralidade".

Essa integração da ética à moral deve ser compreendida como um projeto interpretativo em que as exigências da dignidade – portanto do viver bem – possam subsidiar as responsabilidades que os indivíduos têm, bem como a coletividade, perante cada cidadão isoladamente considerado.

Revisitando o primeiro imperativo da dignidade de Ronald Dworkin (2011, p. 255), o respeito por si próprio, e interpretando-o pelo prisma do

princípio kantiano da objetividade do valor do Ser, é possível extrair uma ideia moral preliminar: *o adequado respeito por si mesmo acarreta a responsabilidade moral de respeitar, em um mesmo grau, os demais indivíduos.*

O reconhecimento da dignidade do outro, com todos os desdobramentos inerentes a essa postura, implica no respeito à responsabilidade reflexiva de cada indivíduo, uma vez que, se todas as vidas têm valor objetivo, os parâmetros de reconhecimento da dignidade não podem ser distintos entre os indivíduos.

Essa responsabilidade moral deve ser observada não somente pelos indivíduos em suas relações horizontais, mas também pelo Estado, na qualidade de uma comunidade política, especialmente no que se refere aos atos do governo e à sua compatibilidade com a dignidade de cada cidadão.

Surge desse limiar entre a ética e a moral, que se encontra justamente na extrapolação do dever ético de fazer de sua vida algo de valor para o campo do reconhecimento desse mesmo princípio em relação a outros indivíduos, a origem dos deveres morais e das obrigações associativas de caráter especial.^[4]

Não obstante as diversas formas de obrigações associativas que nascem dessa relação, interessa ao estudo aquela que decorre do laço entre concidadãos, ou seja, das obrigações associativas políticas que, em regra, são inevitáveis e necessárias.

Nessa esteira, uma vez que há na comunidade a necessidade de conformar o comportamento social, por meio de leis e atos que estabelecem, de maneira geral e abstrata, direitos, deveres e obrigações jurídicas, surgem os primeiros questionamentos quanto à compatibilidade entre os atos desse governo coercitivo, a dignidade dos cidadãos e as suas obrigações políticas morais.

Preliminarmente, é possível afirmar que os membros de uma comunidade têm a responsabilidade moral de respeitar decisões, atos e práticas de um governo coercitivo, na medida em que sejam legítimos e haja reciprocidade, entre os cidadãos, em relação a essa responsabilidade.

Contudo, à medida que a análise desses elementos se desenvolve, no âmbito do salto da moral pessoal para a política, são admitidas

certas alterações estéticas de abordagem, especialmente no que toca à legitimidade dos papéis e poderes especiais de representação ou comando da coletividade, bem como à delimitação de suas exigências em face da dignidade.

Assim, ainda que as exigências da obrigação política associativa decorram de uma estrutura constitucional coerente, com separação e harmonia, ou, pelo menos, independência entre os Poderes, essa espécie particular de obrigação somente pode vigorar sob certas condições de legitimidade do governo.

Como todos os conceitos interpretativos, a legitimidade de um governo é uma questão de grau, podendo ser analisada sob dois aspectos distintos. Em um primeiro aspecto, vinculado à *forma como o governo coercitivo utiliza o poder*, Ronald Dworkin deixa consignado que:

Eles podem ser legítimos se suas leis e políticas públicas puderem ser razoavelmente interpretadas como um reconhecimento legal de que o destino de cada cidadão tem igual importância e que cada indivíduo tem responsabilidade de criar sua própria vida. De fato, um governo pode ser legítimo caso se esforce pela dignidade plena de cada um de seus cidadãos, ainda que siga uma concepção defeituosa das exigências dessa dignidade. (DWORKIN, 2011, p. 321-322, tradução nossa).

Depreende-se que as condições para que os atos de um governo coercitivo sejam legítimos são consubstanciadas na demonstração de igual consideração pela vida de cada membro da comunidade política, bem como pelo respeito à responsabilidade ética fundamental dos indivíduos.

No plano da moralidade política, ou seja, das prescrições sobre como o Estado pode impor, de maneira substantiva, parâmetros para a condução das relações estabelecidas no âmbito de uma determinada comunidade, existem peculiaridades aliadas a essas duas condições. Nessa esteira, Ronald Dworkin faz a seguinte afirmação:

Para uma comunidade que aceita o primeiro princípio da dignidade, uma teoria econômica igualitária é uma teoria da justiça distributiva: os dois conceitos são idênticos. Para uma comunidade que aceita o segundo princípio, a concepção de liberdade deve demonstrar o devido respeito pela responsabilidade de cada pessoa em identificar

e buscar sucesso em sua própria vida. Uma concepção de liberdade inclui uma concepção dessa responsabilidade. Nessa forma de comunidade, a distribuição de poder político deve refletir esses dois princípios. A estrutura e as decisões do governo devem reconhecer a igual importância dos indivíduos e sua responsabilidade pessoal. (DWORKIN, 2011, p. 349, tradução nossa).

No que toca à demonstração de igual consideração pela vida dos cidadãos, é importante frisar que Ronald Dworkin se concentra na ideia de recursos impessoais, que compreendem a riqueza em sua concepção mais ampla e abstrata.

O principal desdobramento da demonstração de igual consideração pela vida de todos os indivíduos pode ser traduzido na igual distribuição de recursos e oportunidades entre os membros da comunidade política, sendo certo que, após o momento de distribuição inicial, regulada pelo teste da inveja,^[5] nenhuma transferência adicional pode tornar mais justa a alocação dos quinhões de recursos e oportunidades entre os membros dessa comunidade política.

Assim, os recursos impessoais devem ser distribuídos por meio de leis e de programas de ação dos governos, como, por exemplo, a regulação dos mercados para correção de distorções; ou da criação de incentivos que tornem a distribuição das oportunidades vinculadas ao sistema de educação mais justa.

Uma eventual redistribuição^[6] poderia, por exemplo, decorrer da tributação geral com a finalidade de financiar programas de seguro-desemprego que, em determinados momentos contingenciais, poderiam ser utilizados para beneficiar os cidadãos de maneira indistinta.

Essa condição de legitimidade que reconhece o valor objetivo da vida dos cidadãos de uma comunidade política deve ser integrada à responsabilidade das pessoas de tomar decisões em relação a questões fundamentais para o viver bem.

Nessa linha, a segunda condição de legitimidade de um governo coercitivo justo, que deriva da própria ideia de dignidade, "torna a ética especial: ela limita o campo de decisões coletivas aceitáveis" (DWORKIN, 2011, p. 371, tradução nossa).

Não seria legítimo ao governo proibir, por exemplo, o exercício de todas as religiões, com exceção daquela designada como oficial, ou promover a restrição da liberdade de expressão e de imprensa, entre outras decisões individuais que espelham a responsabilidade reflexiva dos indivíduos.

Dessa forma, e em uma síntese de todo arcabouço teórico exposto, se o governo determina que todos, indistintamente, devem adotar uma determinada ideologia, punindo os dissidentes,^[7] há uma violação estatal ao campo de questões éticas fundamentais que ao indivíduo é reservado.

Noutro giro, se o governo coercitivo beneficia claramente membros de uma determinada religião por considerá-los mais importantes, em razão de sua crença, seja concedendo subsídios, acesso privilegiado a cargos públicos ou quaisquer outros recursos e oportunidades, há uma violação patente da igual consideração pela vida dos membros da comunidade política.

Essa densificação axiológica é um pressuposto inafastável a qualquer análise dos atos concretos de um governo. Mas seria possível afirmar que leis ilegítimas têm força normativa para gerar obrigações morais exigíveis e imponíveis por meio de instituições adjudicativas?

3 O fenômeno das leis injustas

Diante da afirmação de que os atos de um governo coercitivo são legítimos quando estão em harmonia com os princípios abstratos da dignidade do Ser, torna-se possível analisar em que medida leis consideradas ilegítimas podem gerar obrigações morais exigíveis e imponíveis por meio de instituições do Poder Público.

Para tanto, é necessário delinear a forma como tem-se compreendido a relação entre a moral e o Direito e, conseqüentemente, a instituição de obrigações jurídicas e morais decorrentes da aplicação desses padrões normativos.

Entre as principais e mais influentes teorias elaboradas acerca do Direito, sobreleva-se o positivismo jurídico como aquela que afirma a maior independência entre os supostos sistemas do Direito e da moral.

Em seu estudo sobre essa relação, pela perspectiva utilitarista de John Austin,^[8] Herbert L. A. Hart indica que é preciso ter cuidado ao afirmar a separação e distinção entre os dois sistemas, deixando consignado que:

O que tanto Bentham como Austin estavam ansiosos por afirmar eram duas simples premissas: primeiro, na ausência de uma disposição constitucional ou legal expressa, não poderia decorrer que, pelo simples fato de uma regra jurídica violar as normas da moralidade, ela não poderia mais ser considerada uma regra do Direito; e, inversamente, uma regra não poderia ser considerada jurídica pelo simples fato de ser uma regra moralmente desejável. (HART, 1983, p. 55, tradução nossa).

Depreende-se que, não obstante haver pontos de contato entre os sistemas moral e jurídico, Austin insistia na independência dos sistemas quando de sua aplicação. Nessa esteira, ainda que uma lei fosse moralmente errada, ela teria força normativa para criar obrigações jurídicas que poderiam ser impostas por instituições do Poder Público.

Essa distinção seria responsável por conduzir a comunidade política por uma zona segura e, para Hart, capaz de afastar dois riscos bem específicos:

Existem, portanto, dois perigos dentre os quais a insistência nesta distinção ajudará a nos orientar: o perigo de que a lei e a sua autoridade possam ser dissolvidas nas concepções do homem sobre o que a lei deve ser e o perigo de que a lei existente possa suplantar a moralidade como teste final de conduta, e assim escapar às críticas. (HART, 1983, p. 54, tradução nossa).

É a partir dessa base teórica que o positivismo jurídico se consolida, tendo em Hart sua estruturação mais refinada.^[9] O Direito seria, para Hart, um conjunto de regras especiais, distintas das regras morais, impostas à comunidade por meio do Poder Público.

As obrigações e os direitos jurídicos vigentes na sociedade seriam, nessa linha, a tradução de regras jurídicas primárias. Um bom exemplo dessas regras são os dispositivos que proíbem o homicídio, no Direito Penal, ou que garantem a responsabilidade objetiva, no Direito Civil.

Para Hart, essas regras primárias somente podem ser consideradas existentes e válidas a partir de seu cotejo com uma regra secundária,

que tem por escopo estipular quem são as autoridades competentes e o devido procedimento na elaboração do enunciado.^[10]

As regras secundárias funcionariam, portanto, como testes, aceitos por meio de um consenso comunitário, e seriam responsáveis por delimitar o sistema do Direito, diferenciando-o do sistema da moral, em que os critérios de reconhecimento são distintos.^[11]

Na esteira dessa cisão entre os sistemas, Hart declina algumas características da obrigação moral, contrapondo-as às obrigações jurídicas. Não obstante a importância de todas as características indicadas por Hart (2011, p. 182-195) na identificação das obrigações morais, como a *imunidade à alteração deliberada*; o *caráter voluntário dos delitos morais*; e a *forma de pressão moral*, é imperioso abordar, ainda que brevemente, o critério da *importância*.

Por esse critério, Hart indica que as obrigações morais são estabelecidas pela importância que determinada conduta tem na sociedade, ao passo que nas obrigações jurídicas essa característica não é fundamental.

A adoção dessa característica reforça, em Hart, a distinção entre os sistemas do Direito e da moral, como consignado na seguinte passagem:

Uma regra jurídica pode ser considerada pelas pessoas em geral como não tendo importância suficiente para ser mantida; pode até haver concordância geral em como deveria ser revogada: porém, permanece como regra jurídica até ser revogada. Por outro lado, seria absurdo conceber uma regra como fazendo parte da moral de uma sociedade, mesmo que ninguém a considerasse já importante ou que valesse a pena manter. (HART, 2011, p. 190).

Assim, ainda que haja um consenso comunitário acerca da necessidade de revogação de uma regra jurídica, fundamentado em questões morais como a justiça ou a equidade, a regra permanecerá existente e válida, podendo, conseqüentemente, gerar obrigações ou direitos jurídicos, considerando que as pessoas da comunidade "aceitaram, e continuam aceitando, o esquema de autoridade implantado pelo estado e pela Constituição Federal" (DWORKIN, 1986, p. 34, tradução nossa).

O Direito assim como a moral são vistos pelo prisma criterial. Porém, a própria divergência entre as teorias – inclusive entre os próprios

positivistas – indica que não há um critério consensual acerca do que pode ser considerado Direito e do que pode ser identificado como moral. No mais das vezes, o que há é apenas uma *concordância em um nível altamente abstrato*.

Contudo, se a concordância existe apenas em relação aos casos paradigmáticos e às reações a esses paradigmas, o Direito e a moral devem ser compreendidos não como conceitos criteriosais, mas sim interpretativos. Nessa linha, Ronald Dworkin aduz que:

Portanto, defender uma análise desse conceito interpretativo somente pode significar defender uma teoria controversa da moralidade política. Uma análise do conceito deve assumir, desde o início, uma íntima conexão entre o Direito e a moralidade. (DWORKIN, 2011, p. 404, tradução nossa).

Integrar o Direito à moral política, por meio das condições de legitimidade dos atos do governo coercitivo justo que traduzem, em última instância, os dois princípios da dignidade dos indivíduos, significa compreender o Direito como um valor especial, um ramo das obrigações morais políticas, em que os direitos e as obrigações legítimos são exigíveis e imponíveis por meio de instituições coercitivas.^[12]

Ronald Dworkin (2011, p. 402) revisita, então, sua defesa do interpretacionismo [*interpretivism*], entendido pelo prisma ortodoxo em que o Direito e a moral estariam dispostos em sistemas normativos distintos (DWORKIN, 1978, p. 14), passando a considerar, nessa linha, o Direito como um ramo da moral política, responsável pela regência das relações entre as instituições do Estado e os membros da comunidade, deixando consignado que:

É, também, necessário entender a moralidade, em geral, como sendo uma estrutura em forma de árvore: o direito é um ramo da moralidade política, que é em si mesma um ramo de uma moral pessoal mais geral que, por seu turno, é um ramo de uma teoria ainda mais geral do que representa o viver bem. (DWORKIN, 2011, p. 5, tradução nossa).

Essa digressão é um pressuposto fundamental para compreender as exigências da dignidade em relação ao fenômeno das leis consideradas ilegítimas. Para tanto, partir-se-á do seguinte exemplo: a autoridade legiferante, legitimamente reconhecida pela comunidade política,

elabora uma lei em que determina que as pessoas negras devem ceder o assento às pessoas brancas nos ônibus que fazem parte do sistema de transporte público (LEWIS, 1992, p. 20).

Em um determinado momento, uma senhora negra decide não ceder seu assento. Policiais são chamados e, questionados pela senhora sobre o cumprimento da lei, respondem que devem executar o comando estatal. Não há reflexão, por parte dos funcionários, acerca dos aspectos morais em questão.

Refletindo sobre essa temática pelo prisma ortodoxo dos sistemas do Direito e da moral, as autoridades judiciárias, obrigadas a exercer o controle judicial acerca da prisão da senhora, teriam as seguintes alternativas:^[13] impor e ratificar o cumprimento de uma grave injustiça, pelo simples fato de ser um mandamento legal; declarar-se impedidos, abrindo espaço para que outros membros do Poder Judiciário pudessem aplicar a lei injusta; ou mentir acerca do que entenderiam ser as consequências e o próprio significado da lei (DWORKIN, 2011, p. 410).

A lei, na senda do quadro ortodoxo, por encerrar direitos e obrigações jurídicas, deve ser aplicada pelo magistrado como qualquer regra jurídica primária, tendo em vista estar alinhada às regras de reconhecimento consensualmente aceitas pela comunidade.

Noutro giro, pelo prisma da teoria do Direito integrada e unissistemática, em que as obrigações e os direitos jurídicos estão alinhados às condições de legitimidade dos atos do governo e ao ideal da dignidade humana, o dilema entre a obrigação moral de aplicar uma lei injusta e a aplicação do Direito tende a desaparecer.

Para tanto, a investigação parte da questão moral subjacente. A lei, ao impor a obrigação de que pessoas negras cedam o assento às pessoas brancas, demonstra igual consideração pela vida de todos os cidadãos, para além de respeitar a responsabilidade ética fundamental de cada indivíduo?

Não basta que o governo coercitivo afirme, por meio de pronunciamentos oficiais, que de boa-fé entende ser a lei um ato de demonstração do igual respeito e consideração para que, de fato, seja o ato um exercício legítimo do poder. O caso em tela não representa uma

tentativa, ainda que malsucedida, do governo coercitivo em impor uma regulação coerente com os dois princípios da dignidade.

A questão não é sutil a esse nível. A violação é flagrante. Ao impor, com base na cor da pele dos indivíduos, a obrigação de cessão dos assentos em ônibus públicos, o governo atribui mais valor à vida de alguns cidadãos em detrimento de outros.

Contudo, em uma análise mais profunda, a violação estatal pode transcender aos princípios da dignidade para atingir um patamar mais abstrato, incidindo sobre os membros da comunidade na forma de uma violação do "direito de serem tratados como seres humanos cuja dignidade é de fundamental importância" (DWORKIN, 2011, p. 335, tradução nossa).

Trata-se de um direito humano básico, o direito a uma atitude estatal que, quando violado, aponta para o descaso e a rejeição total, por parte do Estado, das responsabilidades e considerações titularizadas pelos cidadãos. Nessa toada, Ronald Dworkin deixa consignado que:

Nenhuma nação que supõe que algumas pessoas são de origem inferior ou que tolera a humilhação e a tortura como forma de entretenimento pode alegar que adota uma concepção inteligível da dignidade humana. (DWORKIN, 2011, p. 336, tradução nossa).

Com efeito, por violar um direito humano básico e mais abstrato, que impõe ao Estado o dever de tratar todos os membros de sua comunidade como seres humanos, cuja dignidade é essencial, a lei segregatória é ilegítima.

Nesse contexto, onde não há violação *sistemática* – a saber, um quadro em que grande parte do ordenamento jurídico está corrompida – persiste uma obrigação política associativa em relação aos atos do governo coercitivo como um todo.

Contudo, em relação à lei considerada ilegítima, não se pode falar em obrigação moral de cumpri-la e, por conseguinte, em obrigação jurídica legítima ou direito juridicamente exigível, considerando a flagrante violação da dignidade dos membros da comunidade.

A ausência de obrigação ou direitos derivados da lei ilegítima decorre justamente da concepção unissistemática de Direito e política, na

medida em que o próprio Direito é entendido como um ramo da moral política, que por sua vez decorre de uma moral pessoal que, em última análise, reflete a ideia de dignidade humana, com todos os desdobramentos decorrentes dessa atitude reflexiva.

A desobediência civil, seja por questão de justiça ou de integridade, como será detidamente analisado na próxima seção, é uma medida coerente à contestação do ato, o que não importa dizer que contrariedades de caráter pessoal ou ideológico possam afastar as obrigações morais decorrentes da associação política.

Assim, identificada a possibilidade de uma lei ser ilegítima e injusta em grau suficiente para não gerar direitos e obrigações jurídicas exigíveis e imponíveis por meio de instituições coercitivas do Estado, é necessário analisar em que medida a dignidade do indivíduo requer, nessas situações específicas, seja promovida a desobediência civil.

4 A teoria funcional da desobediência civil

Antes de analisar a coerência entre a dignidade humana e a desobediência civil, por meio de uma teoria funcional e integrada desses atos à dimensão da moralidade política, é importante fazer um breve apontamento acerca da distinção entre a desobediência e a prática de crimes. Nessa linha, Ronald Dworkin deixa consignado que:

Desobediência civil, para além de qualquer distinção que desejamos fazer a partir dessa categoria geral, é muito diferente da atividade criminal ordinária, motivada por egoísmo, ódio, crueldade ou loucura. Também é diferente – e esse ponto é facilmente esquecido – da guerra civil que se desenvolve em um território quando um grupo deseja desafiar a legitimidade do governo ou as dimensões da comunidade política. (DWORKIN, 1985, p. 105, tradução nossa).

Os cidadãos que promovem a desobediência civil não desafiam a legitimidade do governo coercitivo em um nível fundamental, a ponto de tornar-se uma revolução. Não há, nessa concepção, identidade entre desobediência civil e ruptura com a organização constitucionalmente imposta.

A desobediência civil surge, portanto, a partir de motivos e circunstâncias que levam os cidadãos a contestar a legitimidade de determinados

atos do governo coercitivo, encontrando fundamento nos princípios de sua dignidade, na justiça ou em qualquer concepção política sobre o que é certo. Contudo, nem todos os motivos e circunstâncias podem legitimar atos de desobediência.

Ronald Dworkin (1985, p. 106) propõe, então, que a análise da desobediência civil deve ser direcionada não para a apreciação das motivações, mas para a identificação sobre o que é certo que os cidadãos façam, considerando suas convicções éticas, quando acreditam que uma decisão política é imoral ou errada, bem como para a reação estatal a esses atos, quando a maior parte da comunidade manifesta apoio em relação à política imoral ou errada.

Nessa linha, pode-se distinguir a categoria geral da desobediência civil em três classificações distintas, com base nas convicções que desencadearam o ato. Em um plano inicial, pode-se abordar a desobediência civil em relação, por exemplo, à imposição de uma religião oficial no país.

Pessoas bem-intencionadas e razoáveis, que não compartilham a crença das majorias de ocasião, poderiam enfrentar profundos dilemas éticos ao ver-se obrigadas, por lei, a acolher e exercer uma religião totalmente desvinculada de sua fé.

Trata-se de um ato estatal que visa interferir na capacidade dos cidadãos de formar crenças verdadeiras e de compatibilizar a percepção acerca do mundo com suas decisões e padrões normativos individuais, afetando frontalmente a responsabilidade ética fundamental do indivíduo de buscar sua concepção de viver bem, precisamente no que toca à liberdade de escolha religiosa.

Atos de desobediência civil em relação a leis com esse teor apoiam-se em argumentos de valor, sendo certo que, como afirmado por Ronald Dworkin (1985, p. 108, tradução nossa),

quase todos concordariam, penso eu, que pessoas nesse dilema fariam a coisa certa, dadas as suas convicções, se infringissem a lei. Claro que a violência e o terrorismo não poderiam ser justificados dessa maneira.

Essa forma de desobediência civil, por razões de *integridade*, pode ser qualificada como uma questão típica de urgência, em que o dano em

decorrência da aplicação da lei é irreversível, com a *única ressalva de que não se pode legitimar, com base nesse fundamento da integridade, a violência ou atos terroristas.*^[14]

Por ter seu fundamento na responsabilidade ética fundamental, o ato de desobediência em relação à lei imoral decorrente da própria preservação da dignidade do indivíduo não admite outras qualificações e ressalvas, como afirma Dworkin:

Mas seria difícil pensar em qualquer outra qualificação que uma teoria funcional deveria reconhecer nesse ponto. Ela não poderia, por exemplo, acrescentar a tentadora qualificação adicional de que os cidadãos têm que exaurir os meios convencionais de processo político, na medida em que haja a possibilidade de reverter o ato político a que eles se opõem. (DWORKIN, 1985, p. 108, tradução nossa).

Assim, condições utilitaristas ou consequencialistas estariam fora do escopo de justificação para a prática da desobediência civil por integridade. Contudo, são aplicáveis em relação à desobediência civil por razões de *justiça* e, no caso daquelas derivadas de viés *político*, tornam-se imperiosas.

Com efeito, se a desobediência civil por integridade tem o caráter de defesa da própria dignidade, justificada pelo prisma da preservação da responsabilidade reflexiva do indivíduo, então a *desobediência por razões de justiça* decorreria da necessidade de igual consideração, por parte do governo coercitivo, em relação aos membros da comunidade.

Não obstante fundamentar-se em questões de princípio, a desobediência por razões de justiça busca alterar leis ou programas de ação política que são considerados injustos e opressivos por um determinado grupo minoritário de cidadão que, em regra, são sub-representados durante o processo de elaboração dos atos do governo. Trata-se, portanto, de uma forma *instrumental e estratégica* que busca desmantelar um ato político injusto.

Por ser instrumental, a desobediência fundada na justiça admite as seguintes estratégias de execução:

A desobediência baseada na justiça pode utilizar duas estratégias principais para alcançar seus objetivos políticos. Podemos chamar a

primeira de estratégia persuasiva. Ela espera forçar a maioria a escutar os argumentos contra o seu programa, na expectativa de que a maioria irá, assim, mudar de ideia e desaprovar o programa político. A segunda estratégia é não persuasiva. Ela não busca mudar a concepção da maioria, mas sim aumentar os custos de prosseguir executando o programa que continua sendo aprovado pela maioria, na esperança de que a maioria vislumbre que os novos custos do programa são inaceitavelmente altos. (DWORKIN, 1985, p. 109, tradução nossa).

Nessa toada, Ronald Dworkin afirma que as estratégias persuasivas são um acréscimo justificativo para a desobediência com base na justiça, desde que seja possível reverter o ato político a que elas se opõem. Ressalte-se que incide, nessa classificação, a qualidade consequencialista da possibilidade de mudança da mentalidade da maioria.

Com efeito, e a título exemplificativo, durante os movimentos pelos direitos civis, nos Estados Unidos da América, as condições para mudança da mentalidade da maioria eram favoráveis, considerando a elevação da consciência dos cidadãos norte-americanos acerca de injustiças perpetradas na esteira da Segunda Guerra, bem como a inflada retórica política acerca da igualdade (DWORKIN, 1985, p. 109).

Nessa toada, atos como o de negar a cessão de assentos no transporte público, contrariando determinação legal, podem ser descritos como *desobediência civil por razões de justiça*, mediante a utilização de meios persuasivos que, por encontrarem fundamento em um valor da moralidade política, devem ser considerados justificados no enfrentamento de atos ilegítimos de um governo coercitivo.

Noutro giro, a utilização de meios não persuasivos – excetuada a violência – requer um grande número de qualificadores. Para além da ineficácia da estratégia persuasiva, com todas as restrições decorrentes, meios não persuasivos requerem que somente podem ser utilizados se oferecerem uma perspectiva razoável de sucesso e se não forem contraproducentes (DWORKIN, 1985, p. 110).

Ainda que haja uma relação conturbada entre o princípio majoritário – inserto no sistema democrático – e o aumento dos custos da política, por meios não persuasivos, essa estratégia, quando utilizada no contexto de desobediência civil em função da justiça, não viola

frontalmente o valor da democracia. Ronald Dworkin apoia essa conclusão a partir da seguinte analogia com o *judicial review*:

Eu não afirmo que a revisão judicial por uma Corte Constitucional é uma forma não persuasiva de desobediência civil. Mas apenas que a revisão judicial repousa sobre uma qualificação ao princípio da regra da maioria – a ressalva de que a maioria pode ser forçada a ser justa, contra sua vontade – onde estratégias não persuasivas também poderiam fundamentar-se para explicar por que sua contestação à regra da maioria é diferente de sua rejeição direta. (DWORKIN, 1985, p. 111, tradução nossa).

A utilização de estratégias não persuasivas, no bojo da teoria funcional da desobediência civil, torna-se praticamente injustificável quando as razões para infringir a lei fundamentam-se no *viés político* ou *ideológico* dos desobedientes, considerando que a natureza dessa divergência constitui o próprio núcleo do valor da democracia.

Assentados os principais pontos acerca da justificação da desobediência civil, quando em cotejo com os princípios éticos consolidados na ideia de dignidade, bem como nas repercussões da aceitação dessa postura no que toca à moralidade política, consubstanciados nas condições de legitimidade para um governo coercitivo justo, pode-se apontar a postura estatal ideal em relação aos desobedientes.

Considerando que o Direito constitui um ramo da moral política, que deve ser interpretado e construído de maneira coerente, prezando pela integridade de uma verdadeira rede de valores da moralidade política, os atos de um governo coercitivo que violem a dignidade dos membros de sua comunidade não podem ser considerados legítimos.

Em outras palavras: *as sanções impostas com fundamento em leis ou metas coletivas violadoras dos valores da moralidade política são ilegítimas.*

Comunidades políticas funcionais, baseadas na rede de valores da moralidade política composta pelos conceitos interpretativos da igualdade, da liberdade, da democracia e do Direito, devem promover, direta e indiretamente, judicialmente ou não, os direitos e as garantias de cidadãos dissidentes, para que essas dimensões não sejam solapadas pela tirania do poder majoritário.

5 Considerações finais

Diante da delimitação da ideia de dignidade, composta pelos princípios do respeito por si mesmo e da autenticidade, na linha da estruturação teórica de Ronald Dworkin, foi possível estabelecer uma relação entre os desdobramentos dessa postura e sua transposição do campo da ética para o da moral política, dando origem às condições de legitimidade dos atos de um governo coercitivo.

Com efeito, para que um governo seja justo, seus atos devem demonstrar igual respeito e consideração pela vida de todos os membros da comunidade política. Afirma-se, nessa esteira, que os membros de uma comunidade têm a responsabilidade moral de respeitar as decisões, os atos e as práticas de seu governo, na medida em que sejam legítimos e haja reciprocidade em relação a essa responsabilidade entre os próprios cidadãos.

Contudo, há contextos em que os atos do governo coercitivo deixam de atender a esses requisitos fundamentais, dando origem a dois cenários bem distintos. Não obstante os atos de um governo coercitivo densificarem direitos e obrigações, eles podem representar, em um primeiro momento, uma tentativa malsucedida de interpretar o teor da dignidade. Nessa linha, eventuais divergências interpretativas não têm o condão de deslegitimar as decisões da comunidade política.

Noutro giro, havendo flagrante imoralidade, traduzida na injustiça e na violação frontal aos requisitos da dignidade dos indivíduos, é possível sustentar que inexistente obrigação moral de obedecer aos atos do governo, sendo certo que eventual sanção imposta com base nessas leis é ilegítima, pois configura um ato de violação de um direito humano básico.

O Direito, quando bem compreendido, afasta o quadro ortodoxo do positivismo clássico, em que a lei injusta e imoral é considerada um ato legítimo, buscando afirmar que, visando proteger sua dignidade, os membros da comunidade política, dentro dos parâmetros expostos, têm o dever moral, consubstanciado em um direito político, de promover a desobediência civil.

Referências

- DELMAS, Candice. **A duty to resist**: when disobedience should be uncivil. New York: Oxford University Press, 2018.
- DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.
- GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Stanford, California: Stanford University Press, 2013.
- HART, H. L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. New York: Oxford University Press, 1983.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011.
- LEWIS, Anthony. **Make no law**: the Sullivan case and the first amendment. 1st ed. New York: Vintage Books, 1992.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- SREEDHAR, Susanne; DELMAS, Candice. State legitimacy and political obligation in Justice for Hedgehogs: the radical potential of dworkinian dignity. **Boston University Law Review**, Boston, v. 90, p. 737-758, 2010.
- SUNSTEIN, Cass. **Why societies need dissent**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003.
- THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012.

Notas

- [1] É interessante notar que Ronald Dworkin (2011, p. 266) retoma, pelo prisma interpretativo, os princípios propostos por Immanuel Kant (2011, p. 72), em especial no que se refere ao homem como um ser racional que existe como um fim em si, jamais como um meio para a consecução das vontades.
- [2] Ainda que existam influências externas ao indivíduo, atuantes na formulação de suas crenças, elas não podem ter um grau tal que se tornem coercitivas para a reflexão acerca do mundo. Verificando-se essa hipótese, a crença não seria real e coerente com os fatos, mas simplesmente imposta. A questão apresentada por Ronald Dworkin diz respeito ao grau de alteração das bases informacionais utilizadas pelos indivíduos para formar as suas crenças reais e reflexões.
- [3] Trata-se de uma capacidade que pode ser reconhecida, ainda que em grau mínimo, em cada indivíduo. Contudo, há eventos que podem retirar por completo, de maneira temporária ou permanente, a capacidade do Ser de formular crenças reais e coerentes sobre o mundo.
- [4] Nesse ponto, tem-se o início do esboço de uma justificativa para que os cidadãos possam pleitear, a partir do respeito a sua dignidade, direitos vinculados à moralidade política, na medida em que detêm a qualidade de membros de uma comunidade socialmente organizada por um governo coercitivo.
- [5] Ao final de um leilão onde todos os participantes adquiriram lotes de recursos de maneira responsável e independente, o teste da inveja é aplicável para garantir que houve uma distribuição pautada pela igual consideração em relação a todos os participantes, na medida em que ninguém cobiça o lote de recursos alheio.
- [6] Redistribuições adicionais seriam decorrentes de uma postura ativa do governo na manutenção dessa condição de legitimidade, representada na teoria de Ronald Dworkin pela ideia de seguros hipotéticos.
- [7] Nessa linha, é interessante consignar o apontamento de Cass Sunstein (2003, p. 211-213), indicando que sociedades democráticas funcionais devem promover a defesa dos direitos de cidadãos dissidentes, considerando a necessidade de supervisão para que o regime não se torne uma tirania do poder majoritário.
- [8] Com efeito, para positivismo jurídico que se formou especialmente nas bases teóricas de John Austin, há uma independência entre os sistemas do Direito e da moral, sendo certo que, em determinados pontos – notadamente no momento de desenvolvimento das regras jurídicas –, os sistemas formam zonas de interseção particularmente conturbadas.

- [9] Especialmente no que toca à virada metodológica e hermenêutica promovida por Hart, que passou a compreender o Direito não somente a partir da perspectiva externa da regra social, por meio de uma visão objetiva absoluta dos fatos brutos, ou seja, como um observador externo, mas também por considerar o sentido interno das regras, no bojo de uma atitude crítica reflexiva em relação ao comportamento regulado.
- [10] Essa regra mestre fundamental (DWORKIN, 1986, p. 34) possui duas dimensões. A primeira consubstancia-se na aceitação da regra pelos funcionários públicos, ou seja, elas dependem de uma regularidade no padrão geral de comportamento que os funcionários adotam ante um fato tomado como parâmetro para tal aferição; bem como uma dimensão interna, correspondente à atitude crítica reflexiva que permite a utilização da própria regra como fundamento de justificação do comportamento.
- [11] Nessa mesma esteira criterial, Hart (2011, p. 175) aduz que a moral, notadamente quanto ao reconhecimento da justiça ou injustiça do Direito, é uma questão controversa, na medida em que as “diferenças fundamentais, de perspectiva geral, moral e política, podem conduzir a diferenças e a desacordos inconciliáveis quanto às características dos seres humanos que devem ser consideradas relevantes para a crítica do direito como injusto”. Trata-se da aplicação, ao Direito, de um seguimento da moral – a justiça – pelo prisma do ceticismo externo, a partir da exigência de um consenso – improvável – acerca dos valores e critérios aceitos pela comunidade que balizariam o sistema da moral.
- [12] Trata-se de um ponto importante, considerando que o caráter de exigibilidade e da possibilidade de serem impostos por instituições adjudicativas é o que distingue o direito jurídico do direito político, decorrente de uma associação. De forma mais clara, a moral é a origem tanto dos deveres no âmbito da associação política quanto dos direitos e das obrigações jurídicas. Assim, os cidadãos devem respeitar a lei, que emana de um governo legítimo, por uma questão moral decorrente da associação política, e não por medo de sanções (SREEDHAR; DELMAS, 2010, p. 745). Em regra, as obrigações decorrentes das associações políticas solapam a dignidade dos membros da comunidade, exceto quando todos assumem, reciprocamente, a responsabilidade de respeitar os atos do governo coercitivo que, ademais, deve observar as condições especiais de legitimidade, consubstanciadas na demonstração de igual respeito e consideração pela vida de todos (DWORKIN, 2011, p. 319-320).
- [13] Não se pode afirmar que integrar o ordenamento jurídico por meio da criação intersticial de regras seja uma alternativa viável (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 161), tendo em vista que o caso hipotético não corresponde ao reconhecimento de uma lacuna no ordenamento, mas sim de um ponto

de acoplamento problemático – para o positivismo – entre os sistemas de Direito e moral.

- [14] Em sentido oposto, Candice Delmas (2018) sustenta que a desobediência violenta [*uncivil disobedience*] pode ser sistematicamente justificada nas bases fundamentais da justiça, equidade, entre outras motivações e circunstâncias.

Produzido pela Escola Superior do Ministério Público da União
e composto nas fontes Fira Sans e Zilla Slab.

2022 | Brasília-DF

