

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 21 • Número 59 • julho/dezembro 2022

ISSN 1676-4781



ESMPU

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 21 • Número 59 • julho/dezembro 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 2023. 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,

José Ramos de Queiroz Neto 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. 59, jul./dez. 2022

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

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

Editorial

Seguindo os objetivos desta Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), a fim de ampliar as atividades acadêmicas, divulgamos, com imensa satisfação, a 59ª edição do *Boletim Científico*. O compilado de artigos, importante para o fortalecimento de um dos objetivos desta ESMPU, no sentido de desenvolver projetos e programas na área jurídica, está permeado por textos de extrema relevância e pertinência para o âmbito jurídico.

A instigação da pesquisa e do estudo jurídico tem grande valor no desenvolvimento e aprimoramento dos membros e servidores do Ministério Público da União (MPU). A troca de opiniões e de conhecimento deve ser incentivada, tendo em vista a sua relevância na capacitação de todos que exercem suas funções no MPU.

A publicação do *Boletim Científico* retrata importante instrumento na construção do saber jurídico. O compartilhamento de pesquisas e estudos nos diversos ramos do Direito amplia a promoção do Estado Democrático de Direito, bem como auxilia a reflexão e o diálogo entre todos os espaços forenses.

A presente coleção abarca temáticas afetas ao direito do trabalho, constitucional, internacional, civil, penal, processual penal, tributário e administrativo. Com o intuito de inspirar a interessante leitura, citam-se os assuntos abordados pelos(as) autores(as): a responsabilização civil com enfoque na perda de uma chance no âmbito dos concursos públicos; a possibilidade ou não de aplicar a teoria da perda de uma chance no decorrer do processo penal; a análise das ações afirmativas no ensino superior; o debate sobre o instrumento do contrato de aprendizagem disposto na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT); a análise sobre a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal (STF) em julgamentos que envolvam pedido com medicamento que contenha canabidiol; o estudo acerca do princípio da legalidade penal na União Europeia e do limite trazido no Tratado de Funcionamento da União Europeia; a pesquisa sobre a relação entre o trabalho decente e a felicidade no contexto organizacional; a

análise quanto à prescrição retroativa no direito brasileiro; o estudo da aplicação do acordo de não persecução penal e os seus limites de aplicação; a pesquisa sobre o ativismo judicial, com enfoque na ADPF n. 672-DF; a perspectiva no tocante à tributação na era digital e a prevalência do ISS em detrimento do ICMS no licenciamento ou na cessão de uso de software, com enfoque na ADI n. 5.659; o debate sobre o direito social à educação; a análise que relaciona definições de Santo Tomás de Aquino com o tema acerca da lei, do direito e da justiça; o estudo quanto à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no tema detração penal; o debate no tocante à mulher e seus direitos; as perspectivas quanto às mudanças da nova Lei de Improbidade Administrativa; a discussão sobre a natureza dos bens da Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap) e a possibilidade de usucapião; a avaliação sobre a aplicabilidade da cláusula geral de negociação processual prevista no Código de Processo Civil ao processo do trabalho; a análise sobre as ações afirmativas para inclusão de trabalhadores em empresas privadas; o debate sobre a paternidade como dom para além da justiça, com base na análise das ideias de Aristóteles a partir de Donati e Botturi; o estudo sobre o trabalho doméstico análogo ao escravo durante a pandemia; a pesquisa acerca da reserva de vagas em concursos públicos das magistraturas; e a análise sobre a aplicação do ICMS no Brasil.

Os diversos e interessantes temas propiciam uma leitura dinâmica pelos inúmeros ramos do Direito. A temática jurídica, por meio desses artigos, é revisitada por diferentes opiniões e perspectivas.

Assim, desejo a todos uma leitura agradável e proveitosa, com o intuito de engrandecimento ao conhecimento de todos nós, leitores. A divulgação do saber é uma ferramenta extremamente valiosa para a concretização dos objetivos desta Escola. Agradeço a disponibilidade e o entusiasmo de todos(as) os(as) autores(as) que contribuíram para este projeto.

Alcides Martins

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

Sumário

Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a questão dos concursos públicos | **10**

Alexandre Fortuna Lopes

Aplicação da teoria da perda de uma chance no processo penal: os dois lados da mesma moeda | **28**

Amanda Matias C. de Oliveira

Ações afirmativas na educação superior brasileira e a Lei n. 12.711/2012: debate sobre (des)igualdade, (in)justiça e privilégio | **51**

Arlson da Rosa Jesus e Cassiane de Freitas Paixão

A aprendizagem profissional como um instrumento de inclusão social: a importante atuação do Ministério Público do Trabalho | **73**

Carolina Carneiro de Abreu

A responsabilidade solidária definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE n. 855.178 e o fornecimento de canabidiol | **93**

Caroline Vargas Barbosa e Thaís Coelho Mariano

O princípio da legalidade penal na União Europeia e o limite do efeito direto do artigo 325º do Tratado de Funcionamento da União Europeia | **114**

Celso Costa Lima Verde Leal

Trabalho Decente e Felicidade no contexto organizacional | **143**

Cléria Nunes

A inconsistência lógica da prescrição retroativa | **162**

Danilo Barbosa Sodré da Mota

Acordo de não persecução penal: o limite da retroatividade do art. 28-A do Código de Processo Penal | **189**

Fernando Pereira de Azevedo

O ativismo judicial e os métodos tradicionais de interpretação do direito como forma de sua moderação: uma visão sobre a alegada prática de ativismo judicial na ADPF n. 672-DF | **207**

Filipe Nicholas Moreira Cavalcante de Oliveira

Tributação na era digital e a prevalência do ISS em detrimento do ICMS no licenciamento ou cessão de uso de software na ADI n. 5.659 | **235**

Flávio Lima da Silva

O direito à educação e a desigualdade social: acesso, qualidade e permanência em um ensino universalizado | **251**

Guilherme Henrique Bento Reis

Lei, direito e justiça: definições a partir de Santo Tomás de Aquino e de comentadores da tradição clássica de direito natural | **273**

Julian Ritzel Farret, Thales Corrêa Braga Lobo e Bruno Venturini Benedetti

A detração penal em processos distintos: uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sob uma perspectiva crítica da linguagem | **288**

Leandro Barbosa da Cunha e Yuri Coelho Dias

Ser MULHER, ser humano | **316**

Liduína Araújo Batista

Lei n. 14.230/2021: um retrocesso inconstitucional no combate à improbidade administrativa | **326**

Luciane Goulart de Oliveira e Rodrigo Felipe Rossetto

A natureza privada do patrimônio dos bens da Terracap e a possibilidade de usucapião | **347**

Ludimila Tavares de Castro Brandão

A cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC) e a sua aplicabilidade no processo do trabalho | **366**

Maria Clara Mattei

Ações afirmativas no trabalho sob o enfoque da abordagem das capacidades: uma análise de programas de *trainees* no âmbito de empresas privadas | **386**

Miguel Julio Paz Filho

A paternidade como dom para além da justiça: revisitando Aristóteles a partir de Donati e Botturi | **411**

Paulo Vasconcelos Jacobina

“Que horas elas voltam?” – Relatos do trabalho escravo doméstico no cenário da pandemia | **431**

Renata Guimarães Andrade Tanure

Reserva de vagas para populações vulnerabilizadas em concursos das magistraturas: necessidade de que a ação afirmativa seja efetiva | **453**

Sebastião Vieira Caixeta

A complexidade do ICMS e as alternativas para a taxação do consumo no Brasil | **479**

Vanessa Carra

Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a questão dos concursos públicos

Alexandre Fortuna Lopes

Analista em Direito do Ministério Público Federal. Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduado em Direito Civil pela LFG. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória.

Resumo: O presente estudo procura abordar a teoria da perda de uma chance, cuja origem remonta à Corte de Cassação francesa, especificamente quanto à sua aplicação à seara dos concursos públicos no direito brasileiro. Sendo assim, o objetivo central deste artigo é avaliar se há aplicação da teoria à área dos concursos públicos. Para alcançar o ponto nevrálgico do artigo, buscar-se-á: realizar um estudo da doutrina acerca do tema; levantar hipóteses que poderiam ensejar a aplicação da teoria à área dos concursos públicos; traçar um paralelo entre os diversos posicionamentos jurisprudenciais acerca do tema, a fim de se chegar a um padrão médio da intensidade e da forma pelas quais a teoria é aplicável à área dos concursos públicos; e analisar o que se pode avançar no direito pátrio com relação à recepção da teoria da perda de uma chance no ramo dos concursos públicos. Como supedâneo metodológico, utilizou-se o método indutivo de pesquisa. Ao fim da pesquisa, concluiu-se que a teoria da perda de uma chance é aplicável à esfera dos concursos públicos, sendo citada em diversos julgados. Todavia, seu acolhimento ainda se opera com parca intensidade pela jurisprudência brasileira, pelas razões que serão expostas no momento oportuno.

Palavras-chave: responsabilidade civil; perda de uma chance; concursos públicos; doutrina; jurisprudência.

Sumário: 1 Introdução. 2 Teoria da perda de uma chance: origem e conceito. 2.1 Recepção pela legislação, doutrina e jurisprudência pátrias. 3 Teoria da perda de uma chance nos concursos públicos. 3.1 Aplicação da teoria aos concursos públicos. 3.2 Recepção pela doutrina e jurisprudência pátrias da teoria aplicada aos concursos públicos. 4 Considerações finais.

1 Introdução

Com origem na doutrina francesa na década de 1960, a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) teve sua gênese em casos da medicina, nos quais o médico, por um eventual diagnóstico equivocado, ceifaria as chances de vida do paciente em um tratamento ou as chances de lhe conferir maior sobrevida.

Hodiernamente, verifica-se que a teoria assumiu contornos mais amplos, abrangendo outros eventos do cotidiano social, e a área dos concursos públicos não passou ao largo desse processo expansivo.

Não são raras as situações em que um candidato a um cargo público se vê tolhido da chance de ser aprovado por não poder realizar a prova diante de uma situação externa, como a perda do horário pelo atraso em um voo, um problema na inscrição por conta de um atraso no sistema postal e outros casos mais.

A proposta deste artigo é averiguar a incidência da teoria da perda de uma chance na seara dos concursos públicos. Para o seu desdobramento, usa-se a hipótese de que há, sim, incidência da teoria da perda de uma chance na esfera dos concursos públicos no Brasil, todavia ainda com pouca abordagem pela doutrina, como também com parca aplicação na jurisprudência.

2 Teoria da perda de uma chance: origem e conceito

Inicialmente, com o intuito de melhor elucidar o tema sobre o qual o presente artigo se debruçará, importa realizar uma mínima conceituação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, bem como traçar um esboço histórico da gênese desse instituto jurídico.

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) principiou no direito francês, em meados da década de 1960, aplicando-se mormente a questões médicas. O caso em que pela primeira vez lançou-se mão da teoria da perda de uma chance consistia em um recurso julgado pela Corte de Cassação francesa acerca da responsabilidade de um médico em razão de um diagnóstico equivocado, o qual retirou da vítima as chances de cura da doença.

Glenda Gonçalves Gondim assevera que a teoria da perda de uma chance originou-se justamente a partir da dificuldade do vislumbre do nexos causal entre a conduta e o dano sofrido pela vítima (2005, p. 22).

Exatamente nesse ponto da dificuldade de configuração do nexos causal entre a conduta e o dano é que surge a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. O dano muitas vezes não é oriundo única e exclusivamente da conduta do agente, havendo outros fatores que possam ter deflagrado o evento danoso.

A esse respeito, Flávio Tartuce (2019, p. 660) bem assevera que a perda de uma chance consolida uma forma de indenização de índole autônoma, a qual será utilizada em situações nas quais não se mostre possível averiguar diretamente o nexos causal da conduta do agente com o dano.

Desnuda-se também aqui a necessidade de superação da álea, conforme disserta Daniel Amaral Carnaúba (2013, p. 108), visto que não poderá o julgador simplesmente recusar a indenização que deveria advir de um dano a um interesse aleatório, com fundamento na incerteza do prejuízo e do nexos causal, porquanto estaria equiparando o interesse aleatório à inexistência de interesse.

No caso do erro de diagnóstico, o evento morte poderia ter sido evitado ou postergado por um diagnóstico correto do médico. Todavia, não se configura um nexos causal perfeito entre o resultado morte e a conduta do médico, haja vista que a morte é consequência da doença.

Dessa feita, embora não haja um nexos causal perfeito entre a conduta do médico e o resultado morte, revelou-se danoso para o paciente o erro de diagnóstico do médico. Sendo assim, como responsabilizar o médico à luz da doutrina clássica da responsabilidade civil, a qual reclama que para um evento danoso ser indenizável deve-se perfazer a tríade da responsabilidade: conduta danosa, dano e nexos causal entre conduta e dano? A teoria da perda de uma chance almeja solucionar esse problema.

Nesse sentido, bem explica Glenda Gonçalves Gondim (2005, p. 23) que a teoria em comento tem como meta indenizar o indivíduo que viu seu objetivo ser frustrado, ressaltando que é possível que existam

outras concausas para o dano, razão pela qual ele não será imputado ao agente, mas não o eximirá da responsabilidade pela perda da chance.

Dito isso, conclui-se que o pensamento acertado é o de que a clássica tríade da responsabilidade civil sofrerá algumas modificações na teoria da perda de uma chance, a saber: I) o dano não será um dano propriamente dito, mas uma chance que se perdeu; II) o nexos causal não será construído entre a conduta e o dano, mas entre a conduta e as chances que se perderam.

Expostas tais premissas, é forçoso entender que a teoria da perda de uma chance busca resguardar a vítima dos prejuízos advindos de uma conduta que minou suas expectativas de alcançar um resultado que lhe era favorável, tal como a perfeita analogia firmada por Ênio Zuliani, citado por Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 370), quanto à perda de uma chance na relação advocatícia em que o cliente, ao ver malograr uma causa certa, perde um jogo sem que lhe seja permitido disputá-lo, advindo o dano dessa incerteza criada.

Nesse sentido, ainda lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 89-90) que não se pode excluir a reparabilidade do dano quando a análise do nexos causal acrescida do prejuízo levarem à necessidade de se restituir ao estado inicial por via da indenização pela perda de uma chance.

Essas expectativas não podem ser fundadas em uma chance rarefeita, mas em uma probabilidade de ocorrência alta, inferindo o enunciado n. 444 da VI Jornada de Direito Civil^[4] que a chance deve ser séria e real, devendo ultrapassar o patamar dos 50% de probabilidade de ocorrência, conforme preceituam algumas doutrinas.

Conforme aduz Sérgio Savi (2012, p. 10-12), no direito italiano, Adriano de Cuspis foi o precursor da responsabilidade civil pela perda de uma chance, porquanto vislumbrou a existência no mundo jurídico de um dano que independeria do resultado final, ressaltando que a chance de uma vitória não corresponde a uma vitória exitosa. Ou seja, a indenização não poderá corresponder ao prêmio pela vitória concreta, mas deve ser quantificada pela esperança da vitória centrada na chance existente. E Adriano de Cuspis, em seus ensinamentos, termina por

delimitar que essa esperança de sucesso também não poderá ser aleatória, mas uma chance real.

Nesse ponto, Dalvaney Araújo (2010, p. 262) dispõe que o direito italiano admite indenização pela perda de uma chance quando a probabilidade de se alcançar o intento supera-se em 50%.

2.1 Recepção pela legislação, doutrina e jurisprudência pátrias

Primeiramente, cumpre destacar, no início deste tópico, que não há uma norma legal que abrace expressamente a possibilidade de indenização pela perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, depreende-se de uma análise detida das normas que tratam da responsabilidade civil que estas delimitam a reparação por todo e qualquer dano engendrado contra uma vítima.

Nesse bojo, ressalta-se que, perante o Código Civil de 1916, a teoria da perda de uma chance não encontraria guarida, haja vista que o referido códex trazia dispositivos que estabeleciam em rol exaustivo as hipóteses de dano que demandavam indenização.

Ocorre que, com o avançar da legislação brasileira, precipuamente com a Constituição Federal de 1988, essa ótica ultrapassada da codificação civil de 1916 foi sendo substituída. Passou-se a incluir dispositivos que abriam margem para se englobarem hipóteses ainda não acolhidas de dano, a exemplo do inciso V do art. 5º da Constituição da República.

A respeito do referido normativo constitucional, bem leciona Raimundo Simão de Melo (2007, p. 439) que o mandamento é decorrente do fato de que o causador do dano a outrem é obrigado a repará-lo de maneira proporcional ao agravo.

Na esteira da Constituição Federal, o Código Civil de 2002 também promoveu um avanço quanto à responsabilização por danos civis, lançando mão de normas genéricas quanto à previsão desses danos. Essas normas criam uma abertura hermenêutica para se concluir que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance pode ser aplicada ao direito brasileiro. Extrai-se da referida codificação que as normas contidas nos arts. 186, 402 e 927 possuem a natureza acima

referida. São essas normas atuais e genéricas relativas à responsabilidade civil que conduzem ao entendimento de que a teoria da perda de uma chance encontra guarida, mesmo que não taxativa, no ordenamento jurídico nacional.

Nesse mesmo passo, a doutrina brasileira há algum tempo já vem se imiscuindo nessa teoria, prevendo hipóteses de aplicação e se posicionando no sentido de sua recepção pelo direito brasileiro.

Nesse sentido, manifestam-se de maneira clara alguns autores a favor da ampla aceitação, pelo direito pátrio, da teoria (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 98). Dalvaney Araújo (2010, p. 267) leciona que, quando uma pessoa perde as chances diante de conduta alheia que põe fim a uma ação ou que diminui a possibilidade de que a vantagem oriunda da ação seja auferida, faz-se devida a reparação. No mesmo sentido, Glenda Gonçalves Gondim (2005, p. 34) aventa a adoção da teoria da perda de uma chance pelo ordenamento jurídico brasileiro, dispondo que a jurisprudência, em que pese escassa, já aplica os seus fundamentos.

Acerca do tema, Gilberto Andreassa Junior (2009, p. 202) pontifica que não há previsão no ordenamento jurídico pátrio para a reparação pela perda de uma chance de maneira evidente, sendo tarefa da jurisprudência delimitar em que medida incidirá a teoria. Ou seja, o autor bem aborda a questão de uma ausência de previsão expressa de aplicação da teoria na legislação brasileira, fato esse que não seria óbice à sua aplicação pelo Poder Judiciário.

Na contramão dessa tendência da doutrina brasileira moderna, Flávio Tartuce (2019, p. 665) opõe-se à recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro da referida teoria, argumentando que os danos ocasionados pela perda de uma chance são, em sua maioria, "hipotéticos ou eventuais", ao passo que os arts. 186 e 403 do Código Civil requerem a existência de um dano "presente e efetivo".

A jurisprudência, ainda que tímida, vem acolhendo a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, inclusive em seus tribunais superiores. Hodiernamente, não chegam a ser raros os casos de aplicação da teoria, podendo ser citado o conhecido caso da participante do Programa *Show do Milhão*, da qual foi tolhida da chance de

conquistar o prêmio máximo quando, na derradeira pergunta, deparou-se com uma questão que não apresentava resposta.

3 Teoria da perda de uma chance nos concursos públicos

A seara dos concursos públicos vem assumindo contornos de extrema importância na vida de inúmeros brasileiros, os quais veem neles a oportunidade de ingressar em uma carreira pública e gozar dos benefícios que ela proporciona.

De outro passo, o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance também se posiciona em papel de destaque na jurisprudência pátria, como teoria de recente aplicação à responsabilidade civil no direito brasileiro. Não são raras as demandas que postulam indenização pela perda da chance de se alcançar algo que se impediu por ato de outrem, em situações em que a probabilidade de que esse objetivo se alcançasse, em condições normais, seria alta.

Considerando que a sociedade modifica o direito e vice-versa, em importante simbiose para a modernização e evolução da ciência jurídica, o presente artigo se propõe a analisar até que ponto as chances malogradas na esfera dos concursos públicos por eventos alheios à vontade dos candidatos e sua indenização são abraçadas pelo direito brasileiro.

3.1 Aplicação da teoria aos concursos públicos

Partindo-se do referencial teórico que se esboçou no primeiro tópico, entende-se que, conquanto não tratado como instituto expressamente previsto no ordenamento jurídico nacional, não há que se olvidar que a aplicação da teoria da perda de uma chance é perfeitamente possível no direito pátrio.

No caso dos concursos públicos, tal aplicação não passa ao largo da questão. Sendo assim, cede é que, havendo uma chance plausível de aprovação em um concurso público e tendo essa chance sido frustrada por uma conduta danosa, a perda da chance deverá ser devidamente indenizada, à luz do suso exposto.

É de grande importância esse acolhimento da teoria, exposto de forma magistral por Ignez Guimarães (2010, p. 68), uma vez que a vida humana é composta por oportunidades e que o destino de alguém pode ser moldado por uma chance criada ou por um prejuízo evitado. Sendo essa oportunidade tolhida, para a autora, é justo compelir o agente do dano a repará-lo, visto que isso pode determinar o restante de sua vida, mencionando o caso de um bacharel em direito que, diante do atraso de um voo, depara-se com a perda da chance de realizar uma prova oral de um concurso para ingressar na magistratura.

Prossegue a autora (2010, p. 68-69), afirmando que as chances de um candidato que esteja na fase oral são muito maiores do que as do candidato que esteja ainda na fase objetiva. Destaca, também, que não é correto o raciocínio de que o candidato que teve sua chance frustrada quando se deslocava para a derradeira fase de um concurso terá outra oportunidade igual, uma vez que, por qualquer eventualidade da vida, ele poderá nunca mais chegar à fase oral do concurso para magistratura. Sendo assim, finaliza por pontuar que "já se teria um paradigma mínimo para a correta indenização da perda de uma chance".

Dessa forma, mister se concluir que há casos na esfera dos concursos públicos que demandam a aplicação da teoria da perda de uma chance, como forma de não se desamparar a vítima de um ato nocivo que lhe frustrasse as chances de galgar uma aprovação, quando as chances para tanto eram reais.

Contudo, após assentar-se a premissa de que a teoria é perfeitamente aplicável à seara dos concursos públicos, deságua-se na próxima questão: em que medida essa teoria é aplicável?

Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 4) preceitua que se inverteu a ótica da responsabilidade civil, deixando o passado de preocupação de estampar o caráter culposo da conduta do agente para se concentrar na reparação do dano. Esse é um primeiro norte para se elucidar a questão: a preocupação com a reparação do dano.

As já citadas evoluções legislativas por que passou o ordenamento jurídico brasileiro no tocante à responsabilidade civil tiveram como consectário a possibilidade de uma maior atenção à reparação da

vítima de um dano civil. Entretanto, a busca pela reparação não pode ser analisada dissociadamente de um critério de razoabilidade.

Dito isso, lança-se mão da razoabilidade e da probabilidade para se alcançar um critério justo em que deve ser aplicada a teoria da perda de uma chance. E, aqui, chega-se à celeuma da constatação da chance perdida em um concurso público: como se averiguar a probabilidade de o candidato lograr êxito no certame?

A jurisprudência, como se verá no tópico seguinte, adota a linha de resguardar a reparação da vítima, mas empregando uma análise carregada de razoabilidade. Assim, para melhor desdobramento da questão, passa-se ao estudo do arcabouço jurisprudencial quanto ao tema.

3.2 Recepção pela doutrina e jurisprudência pátrias da teoria aplicada aos concursos públicos

A doutrina brasileira, quando disserta acerca da teoria da perda de uma chance, acaba por utilizar exemplos de aplicação da teoria no segmento dos concursos públicos. É o caso dos excertos extraídos da obra de Ignez Guimarães, conforme se verifica no tópico anterior.

Nesse sentido, Raimundo Simão de Melo (2007, p. 441) expõe uma hipótese de aplicação da teoria, qual seja, a de um trabalhador que goze de perfeitas condições físicas e psíquicas e venha a sofrer um acidente que o impossibilite de prestar a última das fases eliminatórias do certame.

Gilberto Andreassa Junior (2009, p. 198) também avalia que há a necessidade de reparação pela perda de uma chance real no caso do concursando que se vê impossibilitado de realizar uma prova de concurso em virtude da falha do sistema de transporte contratado.

De igual maneira, Silvio de Salvo Venosa (2017, p. 463) cita o caso do vestibulando que deixa de realizar a prova em razão do mau funcionamento do sistema de transportes. Analogicamente, pode-se utilizar tal raciocínio para o caso do concurseiro que deixa de realizar a prova de concurso em virtude do mau funcionamento do sistema de transportes.

O acatamento da teoria da perda de uma chance, mormente na área dos concursos públicos, ainda não é amplo na jurisprudência brasileira, embora se perceba um franco crescimento na mesma toada em que se afigura visível a ampliação da incidência da teoria a outras áreas da vida social.

O primeiro caso jurisprudencial que se traz à colação como forma de ilustrar o exposto é o do advogado que deixou transcorrer o prazo para ingressar com ação de mandado de segurança, fato esse que frustrou a expectativa da impetrante aprovada em concurso público de ser nomeada para o cargo.

O acórdão em questão, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no Embargo de Declaração no Recurso Especial n. 1321606 – Mandado de Segurança n. 2011/0237328-O, imputou responsabilidade civil ao advogado pelo seu ato omissivo e culposo, aplicando expressamente a teoria da perda de uma chance.

Percebe-se, no caso trazido, que o Superior Tribunal de Justiça aplicou a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, visto que a chance de nomeação na situação era real, pois a candidata já se encontrava aprovada no certame e necessitava do mandado de segurança para ser nomeada.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, na Apelação Cível n. 252 (RN 2010.000252-4), condenou a instituição organizadora do concurso público pela reparação da chance perdida por um candidato. No caso, o candidato foi impedido de fazer a prova porque ela foi aplicada no horário de Brasília, não no horário local, como constava no comprovante de inscrição imprimido por ele três dias antes da prova. Ocorre que o horário foi retificado posteriormente à impressão do comprovante, situação essa que, segundo o Tribunal, frustrou a expectativa do candidato de auferir a vantagem futura, não sendo razoável imputar-lhe o equívoco da antecipação.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Amapá (AMAPÁ, 2019, Recurso Inominado n. 00395366420178030001) aplicou a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance devido ao dano causado por companhia aérea que, sem justo motivo, impediu o indivíduo de embarcar para realizar prova de concurso público no qual era o

único inscrito, considerando que havia uma chance séria e real de que obtivesse uma conquista.

Também nos últimos anos, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2019, Apelação Cível n. 10521160129560001) pontificou que é devida a reparação pela perda de uma chance no caso da pessoa que perdeu a chance de prosseguir nas etapas posteriores do concurso ao contratar serviço de elaboração e interposição de recurso administrativo contra a prova de redação, e o recurso não foi interposto.

Em outras ocasiões, o Superior Tribunal de Justiça bem como alguns tribunais estaduais chegaram a fazer menção à teoria da perda de uma chance, mas não a aplicaram, justificando não ser a chance real a ponto de se tornar indenizável à luz da teoria.

Um caso que merece destaque no presente ponto é um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação n. 00240088920108260196). No referido acórdão, negou-se o pleito de indenização fulcrado na perda da chance do concursando que se viu impossibilitado de fazer a prova para Auditor Fiscal da Receita Estadual de Santa Catarina em razão do cancelamento do voo que o levaria à cidade de realização do certame, apenas se condenando a empresa aérea por danos morais pelo atraso. O referido tribunal fundou sua decisão na impossibilidade de se indenizar diante de uma mera possibilidade de aprovação não materializada em um dano real, alegando que se faz "imprescindível a materialização de um dano real, ou, no mínimo, de frustração de séria expectativa de se obter um ganho, sendo descabido considerar para tanto mera possibilidade de êxito improvável em concurso público".

Na mesma esteira, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Apelação Cível n. 20130617070) asseverou que, para a aplicação da teoria da perda de uma chance, deve haver a constatação de dano que resulte em prejuízo real e evidente, não consistindo a realização da prova de concurso em consequente aprovação, haja vista que tal êxito dependerá não apenas da candidata, mas da classificação dos demais inscritos.

Outro caso em que não houve condenação pela frustração da chance de candidato a concurso público, mas tão somente pelo ferimento a direitos da personalidade, implicando, pois, em indenização por danos morais, foi o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RIO

GRANDE DO SUL, 2014, Recurso Cível n. 71004722799 RS). No caso, a candidata efetuou o pagamento da inscrição em casa lotérica vinculada à Caixa Econômica Federal, tendo comprovado o efetivo pagamento do título, todavia o valor não foi repassado à instituição organizadora do concurso. Entendeu o tribunal que a aprovação no certame estava sujeita a diversos fatores, inclusive de ordem subjetiva, o que impossibilitaria a reparação pela perda de uma chance.

Depreende-se, com fundamento nesses posicionamentos jurisprudenciais que refutam a reparação com base na teoria da perda de uma chance, que estes se afastam do ponto nevrálgico da teoria, ou seja, a teoria busca resguardar a vítima do dano a ela causado pela perda de uma potencialidade, a possibilidade de se tentar conquistar uma aprovação em um concurso público.

Deve-se concordar que essa análise precisa passar pelo crivo da razoabilidade e da probabilidade, sob pena de se engendrar a tão falada indústria do dano. Todavia, essa análise probabilística, na esmagadora maioria dos casos, sobretudo na seara dos concursos públicos, pressuporá uma avaliação etérea, abstrata, na medida em que não se disporá de elementos suficientes para averiguar as chances do candidato de alcançar uma aprovação.

Ressalvados os casos em que o candidato já possua um histórico de aprovações ou em que ele já tenha passado com louvor por outras fases do mesmo concurso, a análise das chances do candidato será sobremaneira perfunctória.

Sendo assim, a jurisprudência deveria caminhar no sentido de acatar provas que, por mais simplórias que pareçam em uma análise inicial, possam ter um valor imenso na análise probabilística das chances do candidato e venham a servir como *standards* probatórios nesses processos.

A título não exaustivo, podem-se apontar as seguintes provas como hábeis a satisfazer esse intento: testemunhas que relatem as horas despendidas na preparação para o concurso; o histórico escolar/universitário do candidato; seu desempenho em outras provas similares, simulados, entre outros que possam minimamente conduzir a um

entendimento de que suas chances se afiguram maiores do que as da grande massa de postulantes ao cargo público.

Nesse ponto, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Everton Willian Pona (2014, p. 112) consideram que até a aprovação em outro concurso público emerge como mais um indício da capacidade técnica do pleiteante em um concurso, ao citar o caso de um candidato que foi impedido de realizar a prova psicotécnica e com isso postula a indenização pela perda de uma chance.

Como consagração do pensamento acima apresentado, o julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Recurso Inominado n. 00303015720078190202 RJ) aventou a aplicação da teoria da perda de uma chance ao caso de não entrega de cartão de inscrição em concurso público, dispondo: "A perda da chance é a perda de uma potencialidade da vítima. A vítima não exatamente deixa de ganhar, mas perde a possibilidade de tentar ganhar".

Por derradeiro, importante destacar que há outros casos que comportariam a aplicação da perda de uma chance, por serem casos em que há uma chance real de aprovação em concurso público. Em caráter exemplificativo, cita-se o caso do candidato que, após passar com prestreza pelas fases classificatórias e eliminatórias do certame, ao alcançar fases apenas eliminatórias como um teste de aptidão física ou um teste de digitação, vê-se impossibilitado de realizá-lo em razão de algum acidente causado por terceiro que lhe prive dos sentidos necessários para a realização do teste. São casos que, certamente, mereceriam guarida da teoria da perda de uma chance.

4 Considerações finais

Após toda essa exposição teórica, doutrinária e jurisprudencial, verifica-se que há espaço para a incidência da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro e, mais especificamente, no caso de chances perdidas na esfera dos concursos públicos.

A jurisprudência pátria, apesar de reconhecer a existência da teoria e de sua incidência no direito nacional, não a vem aplicando em larga escala nas situações em que se tolhe a chance de um candidato de

prestar um concurso, pelo fato de as chances do candidato não serem tão evidentes antes do transcurso do certame.

Dessa maneira, chega-se ao resultado de que a hipótese pensada na gênese do estudo foi devidamente comprovada, guardando relação de coerência com a conclusão alcançada ao fim deste artigo. Há, sim, incidência da teoria da perda de uma chance na esfera dos concursos públicos, todavia ainda de forma tímida, existindo espaço para uma maior abordagem dessa relação pela doutrina e jurisprudência nacionais.

Não obstante tal constatação, é de grande importância a aplicação da teoria em tela aos concursos públicos, uma vez que um ato danoso praticado contra o candidato, que venha a cercear sua oportunidade de realizar uma prova para a qual estava preparado, poderá refletir na privação de um futuro profissional em carreiras públicas. Acerca disso, Ignez Guimarães (2010, p. 68) bem leciona que a perda de uma chance nessa área passa pela possibilidade de realização profissional, de ter um sonho e esforços cotidianos malogrados.

Em face disso, conclui-se que a teoria da perda de uma chance é um instrumento de promoção de justiça aos candidatos que veem suas chances no concurso público frustradas por fatores externos danosos. Como instrumento tal, deve ser utilizada com maior frequência, a fim de não se ver desamparada a vítima de um evento inesperado que veio a minar os seus sonhos de um futuro profissional.

Referências

AMAPÁ. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado n. 00395366420178 030001 AP**. Reconhecida responsabilidade civil pela perda de uma chance da companhia aérea diante da conduta de impedir passageiro de embarcar em voo doméstico e impedi-lo de realizar prova de concurso público para o qual era o único inscrito. Camila de Nazare Colares da Rocha e Tam Linhas Aéreas S/A. Relator: José Luciano de Assis, Data de Julgamento: 16.10.2019, Turma recursal.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Everton Willian. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – os (des)caminhos de uma compreensão teórica. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 93-123, dez. 2014.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 10, n. 40, p. 177-214, out./dez. 2009.

ARAÚJO, Dalvaney. Da responsabilidade advinda da perda de uma chance. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 15, p. 260-270, dez. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.321.606 – Mandado de Segurança n. 2011/0237328-0. Reconhecida responsabilidade civil pela perda de uma chance do advogado que impetrou mandado de segurança fora do prazo e sem instruí-lo com documentos necessários, frustrando possibilidade de cliente ser nomeada em concurso público. Jairo Pires Mafra e Raquel Ferreira Gomes. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira, Data de Julgamento: 23.4.2013, T4 - Quarta Turma, Brasília, Data de Publicação: **DJe** 8 maio 2013.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a álea e a técnica. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. v. 13. (Coleção Rubens Limongi).

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 4. (E-book).

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 840, p. 11-36, out. 2005.

GUIMARÃES, Ignez. Considerações críticas sobre a quantificação da perda de uma chance à luz da casuística. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, Umuarama, v. 13, n. 1, p. 65-85, jan./jun. 2010.

MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. **Revista LTR**: legislação do trabalho, São Paulo, v. 71, n. 4, p. 438-441, abr. 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 10521160129560001 MG**. Reconhecida responsabilidade civil pela perda de uma chance pela

contratação de prestação de serviço de elaboração e interposição de recurso administrativo referente à prova de redação de concurso e o recurso não ter sido interposto. Erika Senra de Castro Maia, Sandro Gonçalves Maia, Jose Marcelo Lopes e outros. Relator: Octávio de Almeida Neves, Data de Julgamento: 9.10.2019, Data de Publicação: 15 out. 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado n. 00303015720078190202 RJ 0030301-57.2007.8.19.0202**. Reconhecida a responsabilidade civil pela perda de uma chance diante da não entrega de cartão de inscrição em concurso público. Ana Cristina Coutinho e Funrio. Relator: Flavio Citro Vieira de Mello, Quarta Turma Recursal, Data de Publicação: 18 ago. 2008.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 252 RN 2010.000252-4**. Reconhecida responsabilidade civil pela perda de uma chance da instituição organizadora do concurso público que oportunizou o acesso ao cartão de inscrição três dias antes do prazo previsto no edital e posteriormente alterou o horário da prova. Fundação Cesgranrio e Thelmo de Almeida Varela. Relator: Des. Vivaldo Pinheiro, Data de Julgamento: 18.5.2010, 3ª Câmara Cível.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Cível n. 71004722799 RS. Negada a responsabilidade civil pela perda de uma chance pela casa lotérica que não repassou o pagamento do título de inscrição no concurso público. Mario Crisante Vresniski e Magazine Luiza. Relator: Lucas Maltez Kachny, Data de Julgamento: 10.4.2014, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: **Diário da Justiça**, 11 abr. 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2013.061707-0**. Negada a responsabilidade civil pela perda de uma chance, visto que a simples realização da prova não garante o sucesso na classificação do certame, já que depende, além do desempenho da candidata, da classificação dos demais inscritos. Aline Angela Ues, Município de União do Oeste e Lutz Cursos Concursos Assessoria e Projetos Técnicos Ltda. Relator: Stanley da Silva Braga, Data de Julgamento: 28.7.2014, Terceira Câmara de Direito Público.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **APL n. 0024008-89.2010.8.26.0196**. Negada a responsabilidade civil pela perda de uma chance, diante de uma mera possibilidade de aprovação não materializada em um dano real. Relator: João Camillo de Almeida Prado Costa, Data de Julgamento: 2.12.2013, 19ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 3 dez. 2013.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2. *E-book*.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 2. *E-book*.

Notas

- [1] JORNADA DE DIREITO CIVIL, VI, 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

Aplicação da teoria da perda de uma chance no processo penal: os dois lados da mesma moeda

Amanda Matias C. de Oliveira

Servidora do Ministério Público Federal. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Bacharel em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB).

Resumo: A possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance ao processo penal surge na doutrina como um debate sobre os limites da atuação jurisdicional. Tal como a sua fonte civilista, busca responsabilizar o agente causador do injusto pela exclusão da chance do acusado de ser absolvido, caso a ação penal fosse instruída pelo Ministério Público com provas coesas e suficientes para demonstrar a autoria e a materialidade do crime. Com o objetivo de balizar a implementação dessa teoria no processo penal, serão discutidos no presente estudo os contornos essenciais da doutrina da perda de uma chance, seus efeitos e limitações em relação ao réu e ao Estado-Acusador na prática judiciária brasileira.

Palavras-chave: teoria da perda de uma chance; processo penal; garantias fundamentais; limites estatais.

Sumário: 1 Introdução. 2 Breves considerações sobre a teoria da perda de uma chance. 3 Aplicação da teoria ao Direito Processual Penal. 3.1 Pensando a teoria sob a ótica do réu. 3.2 Pensando a teoria sob a ótica do Ministério Público. 4 Considerações finais.

1 Introdução

A teoria da perda de uma chance, introduzida no direito da responsabilidade civil pela doutrina francesa, possui relevantes contribuições à dogmática e à jurisprudência pátria porque propõe a discussão sobre a possibilidade de reparação quando há um universo de incertezas

sobre eventos danosos e sua relação com um nexo de causalidade de difícil configuração.

Para a referida teoria, diante de uma perda real e séria, provocada por ato injusto de terceiro que, de forma culposa ou dolosa, e que interrompe o curso de uma trajetória que poderia ser bem-sucedida, causando dano patrimonial ou moral, deve haver reparação civil pela expectativa não concretizada, a ser calculada por um critério matemático de proporcionalidade que nunca poderá ser igual ao valor total da pretensão originária.

A despeito de sua origem ser datada do final do século XIX, somente em 1991 houve o primeiro registro de sua aplicação na jurisprudência brasileira, com especial destaque para litígios que tratam da responsabilização por erro médico e por má gestão na condução de processos judiciais por advogados.

Diante do relativo sucesso da introdução da teoria no cenário pátrio, não tardou para que vozes isoladas na doutrina comesçassem a refletir o tema sob a ótica do processo penal. Muito embora a tese ainda não tenha sido amplamente discutida pelas cortes superiores de Justiça brasileiras, já existe significativa produção acadêmica sobre a possibilidade de extensão dos princípios da teoria da perda de uma chance para a seara processual penal, com o objetivo de possibilitar a absolvição do réu pela ineficiência na apuração da verdade pelo Estado-Acusador.

Grande parte do debate é centrada na atuação do Poder Judiciário, que, muitas das vezes, perpetua a condenação de acusados pelas mais diversas variedades de crimes com base num número limitado e insuficiente de provas. Nesse sentido, muitos são os registros de prolação de sentenças condenatórias que apenas reproduzem os elementos de informação colhidos na fase inquisitorial do procedimento policial, repetindo-se os mesmos termos no sistema acusatório da ação penal.

Isso sem mencionar que, em muitos casos, a única prova produzida é o testemunho da autoridade policial que atuou na situação de flagrante, diante da prevalência da validade do argumento da presunção de veracidade ou legitimidade dos atos por ele praticados. A aplicação do referido atributo do ato administrativo acaba por taxar o relato

policial como algo tão ilibado que sequer pode ser contraposto por outras provas: mesmo quando repetido anos após o evento.

Embora a defesa da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara processual penal tenha ganho espaço na doutrina, não se pode esquecer que sua incorporação na práxis do Judiciário brasileiro também acarreta elevados custos para o Estado, que se estendem desde os gastos operacionais para realizar a diligência instrutória até o incremento de tempo na conclusão das ações penais. Isso tudo num país que possui uma grande população carcerária e uma generalizada crença de impunidade.

Desse modo, diante do cenário desolador de multiplicação de sentenças condenatórias injustas e violadoras das garantias do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, cresce a preocupação com a necessidade de o Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal e do ônus *probandi* da acusação, pautar sua atuação pela busca da eficiência.

Em que pese competir ao *Parquet* o dever de proteção da legalidade na apuração da verdade na condução da ação penal, é preciso discutir sobre os reais impactos da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara processual brasileira considerando os dois lados da moeda. Afinal, em que medida a absolvição pela insuficiência ou baixa qualidade das provas apresentadas na instrução probatória pode impactar a promoção de um processo criminal justo, econômico e célere?

Orientado por esse cenário conflituoso, o presente artigo promoverá a análise da teoria da perda de uma chance, apresentando suas principais contribuições de forma sucinta na esfera cível e na penal para, num segundo momento, demonstrar os benefícios e os impactos de sua adoção sob a ótica tanto da defesa quanto do Ministério Público.

Como marcos teóricos serão utilizados artigos e livros que tratam da abordagem da teoria da perda de uma chance, bem como de sua relação com a eficiência no processo penal e com as garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência do acusado. No tocante à metodologia, o artigo está estruturado em pesquisa doutrinária, especialmente do campo do processual civil e penal, que aborda a doutrina da perda de uma chance e a possibilidade de sua

aplicação para esse último ramo do Direito com um enfoque de proteção de garantias fundamentais aliada à eficiência do próprio processo.

2 Breves considerações sobre a teoria da perda de uma chance

De fundo civilista, a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) remonta à discussão, no direito francês do final do século XIX, sobre a relação entre teorias da causalidade e eventos futuros frustrados. De forma sintética, nasce com a pretensão de aplicação das regras de responsabilidade civil para eventos em que fosse impossível aferir a prova de nexos causal. O nascimento da referida doutrina é creditado à Corte de Cassação francesa que, em 17 de julho de 1889, condenou um oficial ministerial ao pagamento de indenização por impedir a tramitação normal de um processo, o que acarretou a perda da ação pelo autor (ROCHA, 2014).

Anos mais tarde, já em solo inglês, o primeiro caso de aplicação da doutrina francesa ocorreu em 1911, por oportunidade do julgamento do caso *Chaplin v. Hicks*, que discutia a possibilidade de reparação da autora, uma das cinquenta finalistas de um concurso de beleza, por ter sido excluída da competição após ser impedida pelo réu de participar do evento (AMARAL; PONA, 2014, p. 101). À época, a teoria da perda de uma chance foi batizada pelos ingleses como doutrina das possibilidades (BERTONCINI; TORRES, 2015, p. 250). Ao apreciar o feito, o Tribunal de Apelação concluiu que a autora fazia jus à reparação; contudo, considerando o fato de que naquele concurso ela concorreria a doze prêmios distintos, não seria correto ser indenizada pelo valor integral do prêmio, pois só possuía 25% de chances de ganhar um dos prêmios do concurso.

Observam os autores (BERTONCINI; TORRES, 2015, p. 250) que referida doutrina, desenvolvida ao longo do século XX, foi adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no ano de 1991 como razão de decidir para condenar advogado que, a despeito de verificar que os autos judiciais haviam sido extraviados, não solicitou a reconstituição do processo físico nem notificou a cliente do evento, o que justificou sua condenação por provocar a perda de uma chance da vítima de obter a prestação jurisdicional favorável.

A despeito do pioneirismo da medida, referida teoria, ainda restrita ao campo do direito civil, somente ganhou popularidade no âmbito nacional em razão do julgamento promovido pelo Superior Tribunal de Justiça no caso de candidata que deixou de concorrer à última pergunta do programa televisivo "Show do Milhão". Conforme noticiado nos autos (BRASIL, 2005), após o episódio, restou verificado que todas as alternativas apresentadas na questão impugnada do programa televisivo de perguntas e respostas estavam incorretas, o que inviabilizaria o sucesso da empreitada, caso a participante ousasse responder à pergunta final do show. Naquela oportunidade, concluiu o Superior Tribunal de Justiça pelo provimento do Recurso Especial n. 788.459/BA (BRASIL, 2005) para reparar a recorrente em um percentual proporcional ao dano por ela suportado, qual seja, a perda da probabilidade de se tornar milionária.

Dessa forma, considerando a possibilidade de continuidade do erro ou de desistência do seguimento do concurso pela participante mesmo se houvesse uma alternativa correta à pergunta, concluiu o Superior Tribunal de Justiça pela aplicação da teoria da perda de uma chance, atento à probabilidade matemática de êxito, mas não de certeza do ganho da competição.

Sem a pretensão de esgotamento da matéria, de forma sintética, a chance perdida deve ser considerada como uma oportunidade que deixou de acontecer por ter sido interrompida por um fato antijurídico provocado por terceiro (ROSA; RUDOLFO, 2017). Essa modalidade autônoma de responsabilidade civil, ora vista como espécie de lucros cessantes, danos emergentes, danos morais ou, no caso de dano patrimonial, como um *tertium genus* entre lucros cessantes e danos emergentes (LANA; FIÚZA, 2018, p. 336), teve a natureza jurídica reconhecida em 2011 pela "V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal" (CJF, 2012, p. 180) tanto como dano patrimonial quanto moral, a depender do caso concreto, nos termos do enunciado n. 444:

Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de uma chance não se limita à categoria dos danos extrapatrimoniais, pois a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial, conforme as circunstâncias do caso concreto. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

De forma sucinta, Fernandes e Stefanoni (2019, p. 8) destacam que da parte prejudicada os seguintes requisitos devem ser atendidos: a) haver chance séria e real; b) comprovar-se a existência do prejuízo; c) existir nexos causal do ato perpetrado pelo agente, seja culposos ou dolosos.

Diferentemente da oportunidade frustrada, pontuam Amaral e Pona (2014, p. 105) que, muito embora a vítima não tenha certeza do sucesso de sua demanda, o dano por ela suportado, causado pela interrupção de curso, é considerado real e atual. Dessa forma, diante da experiência da perda da probabilidade de que algo benéfico aconteça ou de que um dano possa ser impedido, essa sensação de certeza deve ser passível de reparação por um critério matemático proporcional à lesão suportada pelo agente, que nunca poderá cobrir 100% da pretensão futura.

Rosa e Rudolfo (2017, p. 460) observam que a teoria possui natureza dualista, pois trabalha ao mesmo tempo com um dado certo (fato antijurídico que interrompeu o processo) e outro incerto (incapacidade do ser humano de garantir, de forma plena, que o ganho não seria alcançado, caso o fato antijurídico não tivesse sido alcançado).

3 Aplicação da teoria ao Direito Processual Penal

Muito embora a doutrina da teoria da perda de uma chance tenha sido criada com o objetivo de aperfeiçoar os contornos da responsabilidade civil, cresce no âmbito acadêmico e jurisprudencial a discussão sobre a possibilidade de extensão de sua aplicação também para a seara do processo penal.

O mote principal dessa pretensão decorre da análise da atual disparidade de forças entre as partes no processo penal, geradora, muitas vezes, de condenações penais com base em provas mínimas de acusação, quase sempre oriundas de depoimentos de policiais responsáveis pela prisão em flagrante, dada a presunção de fé pública de suas ações.

De outro lado, verifica-se que o avanço da tecnologia permite que o Estado-Acusador seja guarnecido por uma infinidade de meios de prova, hábeis a auxiliar na instrução dos inquéritos policiais e consequentes ações penais e que permitiriam a solução dos feitos da forma mais completa possível, diminuindo as chances de futura anulação em sede recursal.

Sob outro viés, toda essa variedade de provas também causa impactos à atuação do Estado, uma vez que requer custos e disponibilidade dos servidores públicos, que seriam ainda mais demandados para que os autos fossem instruídos com provas externas do local do crime e com perícias em aparelhos informáticos que dependem de recursos econômicos e de aumento da contratação de peritos. Isso sem mencionar os prejuízos decorrentes do alongamento da instrução processual, tanto para o réu enclausurado quanto para a sociedade, que tende a incrementar a crença de que a justiça tarda e falha.

3.1 Pensando a teoria sob a ótica do réu

Nos termos do art. 5º, incisos LV e LVII, da Constituição Federal, a todos os litigantes em processo judicial e administrativo serão garantidos o contraditório e a ampla defesa, com a expressa ressalva dos “meios e recursos a ele inerentes”, bem como o resguardo da presunção de inocência do acusado até que seja prolatada sentença condenatória transitada em julgado.

Referidos limites são considerados de suma importância num processo penal acusatório, de modo a permitir que o indivíduo conheça de forma adequada os fatos a ele imputados e possa apresentar defesa às imputações a ele apontadas, possibilitando que arbitrariedades estatais deixem de acontecer.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que, muito embora sejam usualmente utilizadas como uma expressão única ou como sinônimos, as garantias do contraditório e da ampla defesa possuem conceitos diversos, ainda que complementares.

Sob a ótica dialética do processo, o contraditório, relacionado ao princípio do *audiatur et altera pars*, é apresentado por Aury Lopes Jr. como um “método de confrontação da prova e comprovação da verdade” (2021, p. 39) que possibilita que tanto a defesa quanto a acusação tenham a faculdade de contar de forma isonômica sua versão sobre os fatos à autoridade julgadora.

Complementa Badaró (2020) que a percepção do contraditório deve ser pensada tanto sob o viés da informação – hábil a permitir que

ambas as partes tenham ciência do que originou o processo e dos atos que lhe instruem – quanto sob a ótica da reação, que permita a defesa propriamente dita. Ressalva o autor que um contraditório efetivo não se concretiza com uma reação protocolar, mas demanda o estímulo à participação em condições de igualdade e de intensidade.

E, nessa perspectiva de atuação eficiente e ativa, o contraditório pode ser visto como um importante componente para a defesa da teoria da perda de uma chance no processo penal. Isso porque é de conhecimento público que, num país com alta concentração de renda como o Brasil, boa parte da população carcerária não possui recursos para arcar com a constituição de um advogado que venha a desempenhar sua defesa técnica de forma adequada.

Dessa forma, por uma questão lógica, é possível asseverar que, a despeito da qualidade técnica dos serviços desempenhados pela Defensoria Pública, a elevada quantidade de demandas dificulta que o contraditório da ação penal, quando empreendido por defensor estatal ou por advogados dativos nomeados pelo juízo – estes últimos atuando por diversas vezes de forma desinteressada –, seja exercido em pé de igualdade com o Estado-Acusador.

Destaque-se, ademais, que até agora só foi discutida a questão da instrução probatória ao longo da ação penal, pois, como alertam Aury Lopes Jr. e Gloeckner (2014, p. 468), o contraditório na fase pré-processual não é pleno e somente é exercido sob o viés do direito à informação, uma vez que a relação jurídico-processual somente será formada após o fim do inquérito policial.

Deve ser registrado que, a despeito da garantia da presença do contraditório na fase processual, muitas das vezes, os acusados, já na condição de réus da ação penal, são condenados com base apenas num conjunto mínimo de elementos de informação produzidos ainda na fase inquisitorial do procedimento policial, o que demonstra que o contraditório talvez não seja tão efetivo na fase posterior ao inquérito policial.

Acerca da pluralidade de condenações proferidas com base apenas em uma fonte probatória, pesquisa empreendida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro sobre as sentenças condenatórias por tráfico de entorpecentes na capital desse estado e na respectiva região

metropolitana, proferidas entre agosto de 2014 e janeiro de 2016, identificou que o exercício do contraditório não demonstra que o viés do direito à reação esteja sendo exercido na prática.

Como relatado,

[e]m 62,33% dos casos, o agente de segurança foi a única testemunha ouvida no processo e, em 53,79% dos casos, o depoimento do agente de segurança foi a principal prova valorada pelo juiz para alcançar sua conclusão [...]. (DPRJ, 2018, p. 65).

Alerte-se que, entre os casos analisados, 50,39% dos sentenciados estavam sozinhos no momento do flagrante, o que permite aferir que as provas externas tendem a ser produzidas apenas sob o enfoque das autoridades policiais presentes no momento.

Sobre o tema, Rosa e Rudolfo concluem que referida postura implica o reconhecimento de que “não se possui mais nada a fazer no processo em contraditório. Confirma-se o que se disse no flagrante ou no inquérito policial [...]” (ROSA; RUDOLFO, 2017, p. 462). Para os autores, portanto, a aplicação da teoria da perda de uma chance constitui importante caminho para beneficiar o réu que deixou de ter a possibilidade de absolvição aventada pelo Estado-Juiz porque o órgão acusador não foi hábil o suficiente para requisitar todas as provas disponíveis na oportunidade.

Retomando o tema sob o enfoque da tutela constitucional, facultase ao réu, pela garantia da ampla defesa, que se posicione no processo, exercendo o direito ao silêncio quando lhe convier, para evitar a autoincriminação (princípio do *nemo tenetur se detegere*), e que se defenda das acusações que lhe forem imputadas de forma ativa por meio de advogado ou, por fim, pela estratégia da autodefesa.

Assim como já debatido em relação ao contraditório, a deficiência da coleta de provas existentes ou passíveis de serem arrecadadas em tempo hábil, quando ainda restarem vestígios, causa graves prejuízos à ampla defesa do acusado. Exemplo disso são as imagens de câmeras de segurança, registros de catracas, dados digitais armazenados de forma temporária por provedores de internet e por aplicativos – passíveis de descarte após o cumprimento do prazo prescrito no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) –, dados de localização de veículos e aparelhos de telefonia móvel e até mesmo exames periciais de

toda sorte que deixam de ser possíveis de serem coletados ou realizados com o passar do tempo.

Noutro enfoque, como ressaltado por Silva (2018, p. 24), é possível asseverar que o indeferimento de provas postuladas pela defesa também justifica a incidência da teoria da perda de uma chance, pois retira do alcance do réu e de sua defesa técnica a obtenção de provas que autorizem a absolvição. Nesse ponto, observa Carvalho (2016) que, a despeito da necessidade de resguardo das garantias de defesa do acusado, os requerimentos de produção de prova formulados pela defesa são frequentemente apreciados pelo Poder Judiciário de forma parcial e preconceituosa. Isso porque, por força do art. 155 do Código de Processo Penal, o magistrado utiliza a carta do livre convencimento motivado para indeferir os pleitos defensivos, embora comumente defira os requerimentos formulados pelo Ministério Público.

Dessa forma, aponta o autor que, a fim de que se evite a absolvição do réu pela perda da chance de produção de prova que o beneficie, deve o magistrado atentar-se para que, quanto mais frágeis as provas colacionadas aos autos, maior será a necessidade de se deferir o pleito, de modo a propiciar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Complemente-se que, além das garantias acima enumeradas, um dos pontos apresentados pela doutrina como argumento favorável à adoção da teoria em apreço reside na presunção de inocência, prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e que garante que ninguém será culpado até a prolação de sentença penal condenatória.

Observa Badaró (2020) que a presunção de inocência possui três significados distintos: a) garantia política; b) regra de tratamento; c) regra probatória. O primeiro deles, reconhecido pelo autor como o principal aspecto do princípio, define um valor do Estado, que assume como importante a garantia de liberdade do indivíduo contra o interesse coletivo de punir os criminosos, assegurando que permaneça livre enquanto não houver decisão plena sobre a autoria e a materialidade delitiva. Além do valor ideológico, a presunção de inocência como garantia política também pode ser visualizada sob a perspectiva técnico-jurídica, como regra de julgamento que autoriza a absolvição do indivíduo quando não houver prova plena de sua responsabilidade, justificando a aplicação do brocardo do *in dubio pro reo*.

Como regra de tratamento, acrescenta o autor que referida presunção destina-se à tentativa de não considerar como culpado o acusado antes do termo final da garantia, tanto para fins de decretação de prisão cautelar ao longo da persecução penal quanto para impossibilitar a execução antecipada da pena.

Acerca do viés ideológico do instituto, Lopes Jr. (2021, p. 38) observa que referida opção do constituinte representa uma preferência pela civilidade, pois permite que, em prol da coletividade, haja uma escolha pela defesa cega do indivíduo, sendo às vezes necessário pagar-se o preço pela impunidade de alguns dos réus presumidamente considerados inocentes.

E complementa que a presunção de inocência, sob a perspectiva da regra de tratamento, deve ser apreciada sob duas dimensões diferentes. A interna é direcionada ao Estado-Julgador, que deverá partir do pressuposto de que o réu é inocente – e por isso não precisa provar nada, razão pela qual o ônus probatório é transferido ao Estado-Acusador –, bem como absolver quando houver dúvidas sobre sua responsabilidade penal e não promover prisões cautelares desnecessárias.

Na perspectiva externa, busca resguardar a imagem, a dignidade e a privacidade do réu contra a “publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu [...]” (LOPES JR., 2021, p. 39). Desse modo, a proteção do indivíduo é pensada sob a perspectiva de resguardo da personalidade contra uma condução de processo que possa ser mais gravosa do que a própria condenação, sem falar nas hipóteses de estigmatização do réu, de sua família e do local de seu trabalho, caso seja absolvido ao cabo da ação penal.

Partindo do pressuposto de que o acusado deve ser considerado e tratado como inocente, é preciso refletir acerca do impacto, sobre o instituto da presunção de inocência, da proliferação de sentenças condenatórias que utilizam apenas os depoimentos de policiais como prova para demonstrar a autoria e a materialidade delitiva. Isso porque a inércia do Estado-Acusador em arrecadar as provas necessárias para justificar a acusação contida na denúncia ministerial impacta tanto na visão da presunção de inocência como regra de tratamento quanto na dimensão interna, pois o ônus probatório de buscar novos elementos probatórios não é exercido.

Observam Bertoncini e Torres (2015, p. 258-259) que a mentalidade inquisitorial do Poder Judiciário, a popularização da análise da culpabilidade do agente em razão do histórico criminal e a presunção de veracidade dos atos praticados pela autoridade policial são argumentos que amparam a proliferação de condenações por meio de provas superficiais.

Ocorre que, em um mundo cada vez mais conectado por diferentes espécies de tecnologia, não parece ser coerente que nem a polícia, em sede de inquérito policial, nem o Ministério Público, ao longo da instrução processual, sequer desconfiem da existência de outras fontes de provas que amparem a acusação ministerial.

Sobre a inércia da atuação do Estado-Acusador, apta a justificar a incidência da teoria da perda de uma chance quando todas as provas factíveis de serem coletadas não o são de forma injustificada, pontuam Rosa e Rudolfo (2017, p. 463):

Constituem possíveis meios de prova: a filmagem de toda a ação, investigações anteriores, condução dos usuários por porte, GPS da viatura, etc. Mas nada disso é produzido. A acusação se restringe a produzir (repetir) em juízo os depoimentos dos policiais. Nesse contexto, ainda que os depoimentos dos policiais não sejam inválidos, cabe indagar se o Estado polícia, acusador e juiz não deve exigir a produção de todas as provas possíveis, sob pena de flexionar a presunção de inocência pressuposta em nome da facilidade da condenação, fazendo com que o acusado perca a chance de questionar a consistência e coerências de todas as provas.

Com efeito, dentro de um grande universo de possibilidades de provas eletrônicas, como filmagens de câmeras de segurança em vias públicas, registros de geolocalização de veículos, imagens oficialmente gravadas pela autoridade policial durante as operações e dados digitais passíveis de serem extraídos de aparelhos celulares, instruir uma ação penal apenas com relatos policiais repetidos na instrução processual não parece ser uma estratégia pró-presunção de inocência.

É claro que não se pode desprezar que a indicação de diferentes provas a serem produzidas ao longo da persecução penal possui um custo elevado para o Estado; contudo, nesse juízo de ponderação, não se deve menosprezar que é função do órgão acusador produzir provas hábeis

a sustentar a condenação do investigado/réu, presumidamente inocente, até que se prove o contrário.

Observa Di Pietro (2022, p. 237) que a presunção de veracidade, atributo do ato administrativo que não se confunde com a presunção de legitimidade, tem como objetivo assegurar que os fatos atestados pela Administração são presumidamente verdadeiros. Aponta a autora que derivam do referido atributo os seguintes efeitos: os atos estatais gozam de presunção relativa (*iuris tantum*), não podem ter sua validade contestada de ofício pelo Poder Judiciário e ostentam a prerrogativa da inversão do ônus probatório.

Complementa Carvalho Filho que a explicação pela qual os atos praticados pelos agentes públicos merecem ser resguardados por medidas adicionais como a presunção de veracidade “reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger [...]” (2020, p. 150).

Em que pese à importância do referido atributo do ato administrativo, assegurada tanto pela doutrina como pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, forçoso reconhecer que a condenação do investigado com base apenas na palavra do agente estatal significa “atentar contra a qualidade da prova e deslegitimar eventual decisão condenatória, porque obviamente não foram esgotadas – e por omissão relevante do próprio Estado – as formas de averiguação [...]” (ROSA; RUDOLFO, 2017, p. 465).

Em prol da aplicação da teoria da perda de uma chance na hipótese sob exame, defendem Bertoncini e Torres (2015, p. 260) que a inércia do Estado, responsável pelo ônus probatório na esfera penal, somente pode ser isenta de responsabilidade quando houver justificativa aceitável, a ser explicada de acordo com o caso concreto. Nas hipóteses em que for possível a coleta de outras provas, numa lógica de factibilidade e razoabilidade, é possível ponderar que as garantias do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência podem justificar a absolvição do réu pela perda de uma chance real de defesa efetiva.

Sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance como instrumento de eficácia do processo penal, há recente paradigma da 5^a

Turma do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. A despeito da restrição das informações veiculadas pela Corte Superior de Justiça, própria da natureza sigilosa dos procedimentos de apuração de atos infracionais descritos na Lei n. 8.069/90, concluiu a referida turma, com apoio expresso da referida doutrina, pela absolvição de adolescente acusado de ato infracional análogo ao delito de homicídio tentado (BRASIL, 2022).

Na oportunidade, constatou o ministro Ribeiro Dantas, relator do processo, ser impossível manter a condenação do menor com base apenas em testemunhos indiretos, quando havia nos autos testemunhas oculares do crime que deixaram de ser ouvidas, por serem pessoas em situação de rua, sem ter havido prova de qualquer tentativa de sua localização. Em prol da prevalência da prova testemunhal indireta, descartou-se também, sem qualquer justificativa, a colheita da versão das pessoas diretamente envolvidas no conflito e até a determinação de realização de exame de corpo de delito na vítima (BRASIL, 2022).

Ao alertar para a fragilidade da investigação, concluiu o ministro relator que, sempre que houver provas possíveis e essenciais para o esclarecimento dos fatos, passíveis, em tese, de absolver o agente ou confirmar a narrativa acusatória, e estas deixarem de serem produzidas pela acusação por omissão injustificada, "a condenação será inviável, não podendo o magistrado condenar com fundamento nas provas remanescentes" (BRASIL, 2022).

Ainda que se trate de precedente isolado, forçoso reconhecer a importância da decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça para a correção do sistema acusatório brasileiro. Deve ser dado especial destaque à delimitação da atuação da teoria da perda de uma chance na esfera penal à existência de provas possíveis e essenciais para o esclarecimento de fatos úteis – passíveis de garantir, em tese, a absolvição ou, ao menos, embasar a narrativa acusatória, retirando da defesa o ônus exclusivo de demonstrar sua inocência em toda situação possível.

3.2 Pensando a teoria sob a ótica do Ministério Público

No sistema processual penal brasileiro, compete ao Ministério Público, como titular privativo da ação penal pública, nos termos do

art. 129 da Constituição Federal, o exercício da pretensão acusatória. Referida atribuição demonstra a preferência do Poder Constituinte pela escolha de um sistema penal acusatório que dissocia de forma expressa as funções de acusar e de julgar.

Como observado por Souza (2018, p. 97), no exercício do *munus* público de guardião do Estado Democrático, o *Parquet* também é responsável pelo controle da legalidade, competindo-lhe o dever de tutelar o direito dos demais participantes da ação penal. Assim, independentemente de convicções pessoais, o membro do Ministério Público deve sempre primar pela proteção do Estado Democrático de Direito na condução dos processos, razão pela qual, no exercício dessa função, seria incompatível com a postura de guardião da ordem jurídica admitir a prolação de uma "sentença condenatória iníqua e injusta [...]" (SOUZA, 2018, p. 97).

Assim, para o autor, diante da limitação constitucional, o Ministério Público sequer poderia ser considerado como um "acusador profissional [...]" (SOUZA, 2018, p. 97), pois, nos casos em que houver prova concreta da inocência do réu ou quando incidente o primado do *in dubio pro reo*, deve o membro do Ministério Público propor a absolvição, independentemente do trabalho envolvido e dos custos decorrentes da apuração da verdade na condução da ação penal.

Mesmo que não seja um "acusador profissional", forçoso reconhecer que o Ministério Público, tanto na esfera estadual quanto federal, conta com o apoio de estrutura administrativa que permite a coleta de insumos importantes para a elucidação das provas das alegações, na forma do art. 156 do Código de Processo Penal.

E, para que alcance esse ideal de sentença justa com base em provas contundentes, é importante que o Ministério Público, ao formar a *opinio delicti*, esteja atento aos tempos atuais, à pluralidade de novos meios de prova que surgem e se consolidam como eficazes, além da condução do processo penal com base no ideal de eficiência.

A título exemplificativo, posto como indicativo de maior eficiência probatória, o pleno acesso aos dados contidos no aparelho celular pela autoridade policial revela dois diferentes aspectos da política da persecução penal: o da busca de um processo rápido, que combata a

impunidade e, de outro lado, o da proteção do investigado contra a força probante do Estado-Acusador.

Sob o primeiro viés, é notório que o Estado brasileiro cada vez mais se preocupa com a criminalização de condutas e com a busca de um processo penal célere e eficiente. Guardadas algumas garantias constitucionais, legais e convencionais destinadas ao investigado/réu, prevalece no País o interesse de combate à impunidade por meio da crença de um processo célere, voltado ao encarceramento de boa parte dos investigados.

Influenciado pelo princípio da eficiência, norte da atuação da Administração Pública, formalmente reconhecido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a lógica de sua aplicação na seara processual penal é pensar numa ação célere e econômica, que atenda os interesses da coletividade, ainda que mediante a flexibilização de garantias fundamentais. Nesse sentido, resumem Rosa e Marcellino Jr. (2012, p. 24 *apud* MENDES; OLIVEIRA, 2019, p. 72):

A ação eficiente transforma um Juiz em um servidor público formato Eichmann que, influenciado pela melhor alocação de riquezas em sociedade, aliada ao método custo-benefício para as relações humanas, se submete aos princípios da economia, subvertendo-se, ou melhor, abstendo-se da posição de garante.

Nessa perspectiva econômica, deve ainda ser ressaltado que a busca de um processo penal eficiente, aliada ao respeito de garantias individuais, implica custos a serem suportados pelo Estado, provocados pelo órgão ministerial por meio da indicação das provas a serem realizadas no curso da ação penal.

Dessa forma, a proposta de uma instrução processual em que todos os meios de prova possíveis sejam requeridos pelo *Parquet*, para que se evite ao final do processo uma condenação injusta, também possui impactos negativos, quais sejam: elevado custo para a execução de diligências e excesso de prazo para a conclusão do feito. Nesse paradigma, a aplicação da teoria da perda de uma chance, que demanda a busca do incremento de diligências probatórias para que as garantias do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência sejam resguardadas, também possui reflexos negativos.

Portanto, no conflito entre a desejada busca da verdade real e a necessidade de respeito a garantias fundamentais para o Estado Democrático de Direito, é preciso, como mencionado, pensar que a proposta de extensão da referida doutrina civilista para a seara processual penal pode causar efeitos indesejados, tais como a majoração do custo do processo para os cofres públicos e o aumento (ainda maior) do lapso da instrução processual.

Prova disso é a pesquisa promovida pelo Conselho Nacional de Justiça apresentada no relatório “Justiça em Números 2020: ano-base 2019”, que demonstra que no ano de 2019 o Poder Judiciário recebeu 2,4 milhões de novas ações penais, com casos pendentes que ultrapassam 2,5 vezes a demanda e com prazos de duração de, em média, 1 ano e 3 meses a mais do que os processos cíveis (CNJ, 2020, p. 192-194).

Além da demora na conclusão dos feitos criminais, a possibilidade de absolvição por causa do não esgotamento de todas as provas possíveis de serem catalogadas esbarra também na dificuldade prática de coletar certas informações. Exemplo disso são as investigações que tratam de crimes praticados por milícias, grandes organizações criminosas compostas por pessoas que detêm muito poder na sociedade ou que são reconhecidas por sua alta periculosidade e que, de uma forma geral, representam risco às testemunhas, que se furtam ao compromisso de testemunhar em juízo em razão do medo de perder a vida. Esse receio, inclusive, reforça o poder da prova oriunda de relato de autoridade policial, que conta com o respaldo do Estado para garantir que seu contingente de funcionários disponha de um mínimo de apoio técnico para depor em juízo por meio de medidas assecuratórias de sua integridade, ainda que esse suporte seja requerido por força da interferência das associações classistas.

Outro ponto que depõe contra a aplicação da teoria da perda de uma chance no processo penal é o próprio risco de que o excesso de diligências, muitas vezes consideradas desnecessárias, alongue de forma desproporcional a investigação, acarretando o arquivamento do feito e agravando a visão da sociedade sobre a eficácia da persecução penal.

De forma exemplificativa, cita-se estudo promovido pela Escola Superior do Ministério Público da União sobre o decurso do tempo de investigação

dos inquéritos policiais promovidos para apurar crimes federais e a proposição de ações penais. Como demonstrado pela pesquisa,

percebe-se que, até três anos (1.095 dias), o percentual de denúncias é ligeiramente superior ao de arquivamentos. Com duração de três anos e meio, há percentual igual de denúncias e arquivamentos. A partir desse patamar, há maior quantidade de arquivamentos [...]. (ESMPU, 2016, p. 222).

Com base nas informações advindas da referida pesquisa, é possível inferir que, ao menos no campo dos crimes federais, o prolongamento do inquérito policial ao longo do tempo (no caso, a partir de três anos) diminuiu progressivamente a possibilidade de apresentação de denúncia pelo Ministério Público Federal.

Partindo-se do pressuposto de que a prorrogação do prazo para conclusão do procedimento inquisitorial decorre da necessidade de melhor instrução do feito, que demanda tempo, pode-se concluir, numa primeira análise, que a realização de um maior número de provas pode interferir diretamente no sucesso da continuidade da ação penal.

Conclui-se, por fim, que, sob a ótica do titular da ação penal, a apuração dos indícios de autoria e materialidade, para fins de propositura de futura ação penal, deve obedecer aos ditames da legalidade e primar pela eficiência do conseqüente processo penal. Assim, havendo provas razoáveis de que os fatos delituosos são passíveis de apuração em sede de ação penal, a absolvição com base na adoção da teoria da perda de uma chance não parece ser a melhor saída sob a ótica da sociedade, dados os elevados custos que uma instrução o mais completa possível possa demandar.

4 Considerações finais

Por todo o exposto, é preciso concluir que a teoria da perda de uma chance, ainda que apresente resultados positivos no âmbito do processo civil – permitindo que aqueles que tiveram suas expectativas frustradas em um processo aleatório por ato antijurídico sejam reparados de forma proporcional –, deve ter sua possibilidade de aplicação na seara processual penal discutida com cautela.

Para esse exercício de parametrização, é preciso ter em mente que o atual panorama das ações penais julgadas no País demonstra que nem sempre a instrução probatória é realizada com respeito às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência. Prova disso é a pesquisa promovida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que demonstra que, em 62,33% dos processos apreciados sobre tráfico de entorpecentes, a autoridade policial é a única prova testemunhal da ação penal e que, em 53,79% das hipóteses, este mesmo testemunho da autoridade é responsável por auxiliar o magistrado a proferir sua decisão terminativa.

Credita-se essa escolha do Juízo a dois fatores importantes: a presunção de veracidade dos atos praticados pela autoridade policial responsável pela arrecadação da prova e a deficiência na instrução tanto do inquérito policial quanto da ação penal. Ocorre que, no atual estágio de evolução tecnológica da sociedade, admitir que a acusação seja promovida com base apenas numa prova de fácil indicação e factível de produção sem grandes esforços significa compactuar com a desídia estatal e a não preocupação com a tentativa de apurar a verdade real dos fatos.

Além disso, essa postura é também objeto de crítica porque reforça o argumento de que provas de origem estatal e que gozam da presunção de veracidade bastam para sustentar a condenação do indivíduo, bem como que, diante de sua presença, a contraprova desses elementos seria difícil de ser implementada, pois seria necessário afastar a fé pública da palavra do agente.

Outra preocupação oriunda dessa postura é a possibilidade de perecimento de outros elementos de informação já na fase do inquérito policial, uma vez que o decurso do tempo poderá acompanhar o apagamento de dados importantes para a elucidação dos fatos criminosos, que seriam facilmente colhidos no momento da execução do crime ou que, diante da expertise dos investigadores, seriam factíveis de serem indicados para a futura coleta.

Com a escolha desse proceder, o Estado retira do acusado uma chance real e séria de ter conhecimento de prova que, no futuro, poderia ser responsável por sua absolvição ou mesmo por demonstrar a forma

tentada do delito, a participação de menor importância na conduta delitativa, além de outras possibilidades de redução da futura dosimetria da reprimenda, caso condenado. Dessa forma, ao deixar de requisitar a coleta de prova factível – ou, nas palavras do ministro Ribeiro Dantas, possível e essencial –, o Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal pública e dono do ônus de acusar, pratica o ato antijurídico que retira do réu a possibilidade de obter uma situação mais favorável ao cabo do processo.

Por outro lado, a suposta desídia do *Parquet*, por mais que diminua as chances de absolvição do acusado, objetivo-mor da aplicação da teoria da perda de uma chance no processo penal, pode decorrer de questões práticas e mais alinhadas com a proposta de condução de um processo penal pautado pelo princípio da eficiência.

Nesse sentido, forçoso reconhecer que a proposta de esgotamento de todas as fontes de provas admitidas em direito pode não ser benéfica, seja porque o Estado não dispõe de recursos para a colheita de provas em demasia, seja porque os membros do Ministério Público gozam da garantia da independência funcional e podem decidir, de forma fundamentada, que certas fontes não são adequadas para alcançar a estratégia da acusação no jogo processual.

Em outra perspectiva, a proposta de um processo penal instruído com um número excessivo de provas, por mais que atenda às garantias do art. 5º, incisos LV e LVII, da Constituição Federal, pode acarretar sérios prejuízos à continuidade da busca da elucidação dos fatos criminosos. Isso porque, estatisticamente, o aumento da demora para a conclusão do inquérito policial e da ação penal respectiva faz transparecer para a sociedade um senso de impunidade e de ineficiência da persecução penal, quando não impossibilita a própria formação da *opinio delicti* pela prescrição da pretensão punitiva.

Por fim, diante de todas as justificativas acima declinadas, é possível concluir que a adoção da teoria da perda de uma chance no processo penal é factível e já encontra defensores em decisões judiciais isoladas, como demonstrado na decisão absolutória promovida recentemente pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, a defesa das garantias do contraditório, da ampla defesa e da presunção

de inocência deve ser promovida no campo do Direito Processual Penal com duplo enfoque.

Sob a perspectiva do réu, é possível justificar a aplicação da doutrina em tela nos casos em que o Estado não apresente justificativa razoável para a instrução adequada da investigação criminal ou do processo: atendo-se às peculiaridades do caso concreto e ao atual estágio da tecnologia.

Referida ponderação, todavia, não deslegitima o afastamento das hipóteses de absolvição pela perda de uma chance quando se verificar de forma fundamentada que o excesso de diligências possa trazer graves prejuízos à conclusão das investigações, dados os custos e o risco de que a demora na finalização do feito implique um processo ineficaz.

Ao final, a escolha competirá ao Poder Judiciário, apto a pesar os prós e contras da insuficiência e do excesso de instrução probatória em cada caso concreto, sob o enfoque de um juízo de proporcionalidade que propicie uma escolha mais próxima possível do ideal de justiça equitativa.

Referências

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Everton Willian. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: os (des)caminhos de uma compreensão teórica. **Scientia Juris**, Londrina, v. 18, n. 2, p. 93-123, dez. 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; TORRES, Rafael Lima. **Direito processual penal e a teoria da perda de uma chance**: aplicação da teoria na apreciação das provas. In: XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI-UFMPG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Quinta Turma aplica teoria da perda da chance e absolve menor acusado com base em testemunhos**

indiretos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/01022022-Quinta-Turma-aplica-teoria-da-perda-da-chance-e-absolver-menor-acusado-com-base-em-testemunhos-indiretos.aspx>. Acesso em: 2 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial n. 788.459/BA.** Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. Relator: Min. Fernando Gonçalves, 8 de novembro de 2005.

CARVALHO, Gabriel Rodrigues de. Precisamos falar sobre a teoria da perda de uma chance no processo penal. **Empório do Direito**, 18 mar. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/23424130/Precisamos_falar_sobre_a_Teoria_da_Perda_de_uma_Chance_no_Processo_Penal. Acesso em: 8 abr. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. (Versão e-book).

CJF – CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil.** Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. (org.). Brasília: CJF, 2012.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020:** ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DPRJ – DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório final:** pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Brasília: Ministério da Justiça, 2018. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

ESMPU – ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKESKI, Cristina (org.). **A investigação e a persecução penal da corrupção dos delitos econômicos:** uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. Brasília: ESMPU, 2016. Tomo I.

FERNANDES, Grazielle Bortolato; STEFANONI, Luciana Renata Rondina. Teoria da perda de uma chance. **Revista FUNEC Científica – Multidisciplinar**, São Paulo, v. 8, n. 10, p. 1-11, jan./dez. 2019.

LANA, Henrique Avelino; FIÚZA, César Augusto de Castro. A responsabilidade pela perda de uma chance: reflexões sobre a natureza jurídica que ainda prevalecem. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 330-348, 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Carlos Helder Carvalho Furtado; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 20, ano 13, n. 1, p. 55-81, jan./abr. 2019.

ROCHA, Nuno Santos. **A “perda de uma chance” como uma nova espécie de dano**. Coimbra: Edições Almedina, 2014.

ROSA, Alexandre Moraes da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. **Revista Brasileira de Direito**, v. 13, n. 3, p. 455-471, 2017.

SILVA, Franciele da. **A teoria da perda de uma chance aplicada ao processo penal**. 2018. 74 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Almedina, 2018.

Ações afirmativas na educação superior brasileira e a Lei n. 12.711/2012: debate sobre (des)igualdade, (in)justiça e privilégio

Arlson da Rosa Jesus

Advogado. Membro da comunidade quilombola Vila Miloca, Lagoão-RS. Membro do Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros e Indígenas da Universidade Federal do Rio Grande-RS (Furg). Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Cassiane de Freitas Paixão

Docente da área de Sociologia na Universidade Federal do Rio Grande-RS (Furg). Membro do Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros e Indígenas da Universidade Federal do Rio Grande-RS (Furg). Docente do Programa de Pós- Graduação em Direito e Justiça Social na Furg. Tutora Pet Conexões de Saberes da Educação Popular e Saberes Acadêmicos na Furg.

Resumo: Este artigo visa a colaborar com o esforço de pesquisadores/as engajados/as em refletir sobre a importância de políticas públicas para o combate do racismo e para a concretização de justiça social e racial no Brasil e no mundo. Para tanto, questionamos qual a relação da Lei n. 12.711/2012 (Lei de Cotas) com a promoção da justiça social e racial no âmbito da educação superior no Brasil. Interessa-nos neste estudo refletir sobre como as políticas de ação afirmativa – especialmente a reserva de vagas para negros e negras no ensino superior – colocam em xeque toda uma estrutura de privilégios e de poder consolidada. Estudamos dois projetos de lei que, ao defenderem a continuidade ou a extinção da reserva de vagas específicas no ensino superior para a população negra, possibilitam-nos compreender como se dão as disputas ideológicas e políticas no plano da lei. Por fim, argumentamos que a “Lei de Cotas” tem capacidade de romper com a estrutura da branquitude e questiona o lugar social de subordinação destinado às pessoas negras assim como o privilégio branco.

Palavras-chave: racismo; branquitude e privilégio; justiça social e racial; Lei de Cotas; educação superior brasileira.

Sumário: 1 Introdução. 2 Metodologia. 3 A Lei n. 12.711/2012 e o princípio da igualdade em suas múltiplas dimensões como um dos fundamentos para efetivação da justiça social e racial. 3.1 Disputas materiais e simbólicas na sociedade brasileira: constante contrariedade à política de cotas raciais enquanto “reação emocional” à perda de privilégios. 4 Conclusões.

1 Introdução

No presente artigo, desenvolvemos uma pesquisa que tem como objetivo estudar a existência da Lei n. 12.711/2012 (Lei de Cotas), a partir do ordenamento jurídico nacional, e sua relação com a promoção da justiça social e racial no contexto do ensino superior brasileiro. Para tanto, realizamos o seguinte questionamento: qual é a relação da Lei n. 12.711/2012 com a promoção da justiça social e racial no âmbito da educação superior no Brasil?

Por questões metodológicas e pela necessidade de delimitação do objeto de pesquisa, trataremos especificamente sobre o acesso ao ensino superior por pessoas negras por meio da reserva de vagas prevista na Lei n. 12.711/2012. Dessa forma, considerando que a norma mencionada torna obrigatória a reserva de 50% do total de vagas para ingresso nas instituições de ensino superior público para alunos oriundos de escolas públicas – este percentual subdivide-se entre reserva de vagas para estudantes autodeclarados pretos, pardos ou indígenas e estudantes com renda familiar bruta igual ou inferior a um salário-mínimo e meio e, por fim, em ambos os casos considera-se o percentual mínimo da soma de pretos, pardos e indígenas no estado correspondente de acordo com o último censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) –, buscamos analisar especificamente a modalidade de ingresso para pretos e “pardos” e identificar como isso tem reverberado no contexto social, jurídico, político e econômico brasileiro.

Inicialmente apresentaremos brevemente o conceito de ações afirmativas de Joaquim Gomes Barbosa (2001). Partimos desse conceito para analisar a sua relação com a efetivação do princípio

constitucional da igualdade em sua dimensão material e não material de modo a dialogar com as contribuições teóricas de Nancy Fraser (2002). Nossa escolha pelos estudos de Fraser sobre justiça social foi porque os consideramos pertinentes para refletirmos o plano de interpretação do direito e sua aplicação na realidade prática. Desse ponto, buscamos demonstrar que o quadro social de subordinação e de subalternização da população negra criado ao longo da formação do Estado brasileiro,^[1] mantido e reproduzido na contemporaneidade, está diretamente relacionado com a manutenção de uma ordem estrutural da/para a branquitude.

Empregamos o conceito de “branquitude” cunhado por Maria Aparecida da Silva Bento (2002; 2005) porque acreditamos que as análises da autora são indispensáveis para problematizar o lugar-padrão e não contestado que o sujeito branco ocupou e ocupa no quadro das relações raciais brasileiras. Também utilizaremos as contribuições teóricas formuladas por Lourenço Cardoso (2010; 2014; 2021) a partir desse conceito.

Nesse sentido, destacamos neste estudo que a reação e a rejeição à existência da Lei n. 12.711/2012 e os discursos e práticas que buscam a sua extinção, quando considerado o aspecto racial presente na lei, colocam em evidência as disputas materiais e simbólicas na sociedade brasileira (CARNEIRO, 2010; JESUS, 2011a). Por fim, apresentamos uma perspectiva que pauta a capacidade da Lei n. 12.711/2012 de romper com a estrutura da branquitude em alguns aspectos, como o questionamento do lugar social que pessoas negras podem ocupar e os privilégios das pessoas brancas.

Defendemos que essa lei proporciona – com todos os problemas que lhe são inerentes, como efetividade, permanência dos estudantes negros na universidade, que ela não garante, entre outras questões – maior diversidade na educação superior, assim como também pode ser compreendida enquanto possibilidade para que as pessoas negras, a partir do ingresso na universidade, consigam criar outras formas de combate das injustiças sociais e raciais a partir da afirmação da negritude enquanto identidade positiva.

Portanto, acreditamos que realizar o debate sobre acesso à educação para a população negra é extremamente relevante para pensar

e construir alternativas de efetivação de justiça e combate das desigualdades raciais na sociedade brasileira. Enquanto direito social fundamental constitucionalmente reconhecido, sua garantia é indispensável para a construção do futuro e base para o desenvolvimento de nossas capacidades individuais e coletivas em busca de transformação social.

2 Metodologia

Adotamos o método de abordagem qualitativo para estudar o contexto histórico das relações raciais e o panorama contemporâneo de vigência da Lei n. 12.711/2012. Escolhemos essa abordagem porque buscamos solucionar o problema de pesquisa a partir de um estudo multidisciplinar ou transdisciplinar, pois acreditamos que essa perspectiva permite-nos melhor compreender os comportamentos na sociedade. Ademais, concordamos que o mundo e a sociedade devem ser entendidos segundo a perspectiva daqueles que o vivenciam, o que implica considerar que o objeto de pesquisa é compreendido como sendo construído socialmente (GIL, 2008, p. 40).

O procedimento empregado para desenvolver o presente artigo foi o de pesquisa bibliográfica, disponível em meios físicos e digitais na internet, ou seja, foi elaborado a partir de pesquisas anteriores e já publicadas através de livros, artigos, teses, dissertações e monografias com o propósito de apresentar a devida fundamentação teórica ao trabalho, assim como identificar o estágio atual do conhecimento referente à temática investigada (GIL, 2008).

Foram observados leis e atos normativos do Poder Público que tiveram objetivo de discriminar a população negra – o Projeto de Lei n. 1.531/2019, proposto na Câmara dos Deputados pela deputada Dayane Pimentel (PSL-BA), contrário à reserva de vagas raciais nas universidades brasileiras, e o Projeto de Lei n. 1.788/2021, proposto pelo deputado Bira do Pindaré (PSB-MA), a favor da ampliação do prazo de avaliação da Lei n. 12.711/2012. O levantamento desses dados ocorreu a partir do acesso online e público a endereços eletrônicos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e Câmara dos Deputados.

3 A Lei n. 12.711/2012 e o princípio da igualdade em suas múltiplas dimensões como um dos fundamentos para efetivação da justiça social e racial

De acordo com os estudos de Gomes (2001) e Silveira *et al.* (2003), as ações afirmativas ou medidas compensatórias das desigualdades sociorraciais passaram a ser adotadas em diferentes partes do mundo sob justificativa de busca por maior igualdade material e não material (cultural e moral, por exemplo) entre os grupos de indivíduos em sociedade.

Para Joaquim Gomes Barbosa (2001), as ações afirmativas são um conjunto de políticas públicas e privadas voltadas para o combate da discriminação racial, de gênero, entre outras que, ao considerar as circunstâncias políticas, econômicas e históricas específicas de determinado país, têm como objetivo concretizar o ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. A utilização dessa contribuição teórica é importante porque o conceito de ações afirmativas foi introduzido no debate público brasileiro por Gomes (2001) e foi fundamental para pensar toda a política de ações afirmativas étnico-raciais desencadeadas ao longo das últimas duas décadas, inclusive tal estudo possibilitou compreendermos como se deu esse processo em outros países do mundo a fim de melhor adaptá-lo, por intermédio de políticas públicas, à realidade brasileira.

Para Iolanda de Oliveira (2014), trata-se de políticas sociais que são orientadas pelo princípio de igualdade e que exigem do Estado uma postura comprometida com a redistribuição igualitária de bens materiais e não materiais.

Em complemento a essas definições conceituais, acrescentamos que tais políticas se destinam a corrigir ou mitigar os efeitos discriminatórios presentes, resultantes da estrutura de subjugação de indivíduos que não se enquadram na lógica do “padrão universal de ser humano” e, por isso, destinados a um processo violento de exclusão e negação de direitos fundamentais básicos para desfrutarem de uma existência digna. No Brasil, a primeira ação afirmativa de cunho racial e étnico, em nível de educação superior federal, foi criada na Universidade Federal

de Brasília (UnB) em 2003, após aproximadamente cem anos de universidade pública brasileira (CARVALHO, 2006).

Em 2012, as cotas raciais tiveram sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Na oportunidade, a Corte reconheceu por unanimidade a legitimidade constitucional da política de cotas para o tratamento das desigualdades estruturais existentes entre brancos e não brancos no acesso à educação superior e a compreendeu como ação estatal de curto e longo prazo que objetiva reverter o quadro social de subordinação e de subalternização da população negra criado ao longo da formação do Estado brasileiro e mantido/reproduzido na atualidade.

O ministro relator, Ricardo Lewandowski, destacou como um dos argumentos que embasou seu voto a necessidade de políticas de reconhecimento e valorização de grupos historicamente discriminados enquanto uma das premissas norteadoras da justiça social contemporânea. Nas palavras do ministro:

Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. (BRASIL, 2012, p. 27).

No mesmo ano entrou em vigência a Lei n. 12.711/2012, que tornou obrigatória a reserva de vagas para estudantes advindos de escolas públicas no percentual de metade do total de vagas ofertadas pelas instituições públicas. Dentro deste percentual, previu-se uma subdivisão de modo a contemplar a população negra. Desse modo, foi a primeira lei, em toda a história normativa nacional, que, ao considerar o critério étnico-racial, os mandamentos da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Igualdade Racial e as legislações internacionais, determinou que o Estado promovesse maior igualdade de oportunidades no acesso à educação superior àqueles sujeitos pertencentes a grupos socialmente excluídos e marginalizados, no caso específico a população negra e indígena.

É importante ressaltarmos que, na seara jurídica, o debate inicial e ainda vigente sobre o fundamento jurídico das ações afirmativas, a

exemplo da Lei n. 12.711/2012 (política de cota racial nas universidades), que é objeto desse estudo, reside na interpretação do princípio constitucional da igualdade.

Nesse sentido, cabe destacar que a igualdade enquanto categoria jurídica surge a partir das revoluções liberais burguesas no final do século XVIII, as quais foram inspiradas nos ideais do movimento iluminista. Assim, esse conceito passa a dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês sob o pressuposto de que a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie (GOMES, 2001, p. 130).

Essa perspectiva liberal para assegurar direitos está relacionada com a neutralidade do Estado perante as relações individuais, ou seja, a igualdade da lei visa garantir maior liberdade aos indivíduos, de tal forma que não cabe considerar as posições de desvantagem ou privilégio de cada um dentro de determinado contexto, pois se parte do pressuposto de que todos estão em pé de igualdade devido à “proteção jurídica” de que a lei não fará distinção ou conferirá tratamento diferenciado e, portanto, “todos são livres e iguais”.

Ocorre, entretanto, que a própria história constitucional do contexto normativo o brasileiro^[2] evidencia que a igualdade na lei não passou de “mera ficção jurídica” (GOMES, 2001), ou seja, foi e ainda é insuficiente por si só para combater as diferenças estruturais entre grupos sociais.

Tais diferenças foram criadas a partir de projetos políticos e econômicos específicos, como por exemplo o colonialismo e o período escravocrata brasileiro, que, embora extintos enquanto regimes formais, na atualidade sustentam a reprodução de desigualdades e hierarquias com base na raça, na classe social, gênero, etnia, entre outros marcadores sociais da diferença. Em virtude disso, “a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas” (BRASIL, 2012, p. 21).

Dessa forma, contraposta ao ideal de igualdade na lei, temos a realidade da desigualdade baseada em “diferenças de experiências nos diferentes âmbitos da vida privada e coletiva em uma sociedade hierarquizada” (MOREIRA, 2020, p. 112).

Esse estado de coisas conduz a duas constatações indisputáveis. Em primeiro lugar, leva à convicção de que proclamações jurídicas por si mesmas, sejam elas de natureza constitucional, sejam de inferior posicionamento na hierarquia normativa, não são suficientes para reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papéis indicativos do *status* de inferioridade, de subordinação. Em segundo lugar, remete ao reconhecimento de que a reversão de um tal quadro só é viável mediante a renúncia do Estado à sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao revés, uma posição ativa e até mesmo radical se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica (GOMES, 2001, p. 134).

Conforme pontua Joaquim Barbosa (2001), a problemática constitucional que envolve o princípio da igualdade está diretamente relacionada ao modelo de organização política constituída no ocidente. Ademais, ainda segundo ótica do autor, o surgimento do ideal de democracia demandou a figura do Estado moderno interventor nas relações privadas, ou seja, o surgimento do Estado de Bem-Estar Social, que tem como premissa fundamental a distribuição equânime e generalizada dos recursos originários do labor coletivo.

Por outro lado, defendemos a necessidade de que seja reconhecida a existência de múltiplos fatores (classe, raça, gênero e outros) que operam como marcadores sociais naturalizadores de violências perpetradas contra os grupos considerados minoritários, seja na esfera pública, seja privada. Tais fatores dizem respeito ao conceito de interseccionalidade, formalmente cunhado pela feminista estadunidense Kimberlé Crenshaw em 1989, mas que já era discutido e enfrentado muito antes aqui no Brasil, embora não com essa denominação específica, por Lélia Gonzalez e Sueli Carneiro em suas produções acadêmicas e atuação política pelo Movimento Negro Brasileiro (KYRILLOS, 2020).^[3] Nesse sentido, precisamos compreender que uma pessoa poderá sofrer diferentes formas de violência, ou seja, a violência racial soma-se à de gênero, de classe social, de etnia etc. Logo, uma não exclui a outra, mas se congregam no âmbito das relações entre os diferentes sujeitos e grupos sociais. Assim, esses marcadores sociais da diferença apresentam-se para justificar violências que decorrem da estrutura

racista, machista, classista, patriarcal que reproduz um padrão social de “normalidade” das relações humanas e que como resultado promoverá a manutenção de injustiças sociais para alguns e privilégios para outros. Com isso, defendemos que o olhar e a compreensão para com o princípio democrático da igualdade necessitam considerar os diferentes fatores que dão causa às desigualdades em nosso meio social.

Nesse diapasão, a interpretação constitucional da igualdade demanda a necessidade de refletir sobre a busca por redistribuição de bens materiais. Contudo, defendemos que tal interpretação não pode ficar restrita apenas a isso, mas também deve estar condicionada à busca por uma igualdade de humanidade. Em outras palavras, podemos afirmar que significa pautar a igualdade de reconhecimento de dignidade por sua aplicação a todas as pessoas, portanto, “igualdade de *status* cultural e moral” (MOREIRA, 2019; 2020), que está diretamente relacionada com a concepção de justiça social.

Para Nancy Fraser, é necessária uma concepção de justiça social que seja ampla e abrangente, isto é,

capaz de abranger pelo menos dois conjuntos de preocupações. Por um lado, ela deve abarcar as preocupações tradicionais das teorias de justiça distributiva, especialmente a pobreza, a exploração, a desigualdade e os diferenciais de classe. Ao mesmo tempo, deve igualmente abarcar as preocupações recentemente salientadas pelas filosofias do reconhecimento, especialmente o desrespeito, o imperialismo cultural e a hierarquia de estatuto. Rejeitando formulações sectárias que caracterizam a distribuição e o reconhecimento como visões mutuamente incompatíveis da justiça, tal concepção tem de abrangê-las a ambas. (FRASER, 2002, p. 11).

Assim, mais do que possibilitar condições materiais para uma existência digna – redistribuição –, a justiça social compreende também o combate às hierarquias institucionais com promoção e valorização da diversidade, portanto, contempla contemporaneamente dupla função: a dimensão da distribuição e a dimensão do reconhecimento (FRASER, 2002).

Nesse viés, consideramos que o olhar para a igualdade não pode ser dissociado das circunstâncias e ou dos processos políticos e históricos

que nos condicionaram até a contemporaneidade. De outro modo, significa dizer que não podemos pensar somente em igualdade de oportunidades e ou distribuição de riqueza para as pessoas negras sem também criar mecanismos que tenham por finalidade desmantelar a ideia socialmente formada da sua inferioridade/subalternidade.

Significa, de outro modo, que precisamos destruir a concepção racista de que existe “lugar de negros” na sociedade; não obstante, cabe destacar que apenas a ascensão social de negros e negras não lhes impedirá serem discriminados/as por sua condição racial porque, como muito bem demonstram Lélia Gonzalez e Sueli Carneiro em seus estudos, as desigualdades no Brasil estão entrelaçadas também com a questão de raça e gênero e, portanto, não se restringem apenas à classe social dos indivíduos.

Para tanto, discutir e defender diferentes dimensões da igualdade (MOREIRA, 2019) é fundamental para pautar a justiça social e desmantelar o discurso jurídico hegemônico de que normas neutras que conferem apenas igualdade formal são suficientes para garantir que os diferentes grupos sociais tenham acesso aos bens sociais coletivos e que não sejam excluídos da participação política e (ou) da construção da sociedade. Também concordamos com Adilson José Moreira quando afirma que é importante assegurar as diferentes formas de igualdade, sendo, contudo, insuficiente para a “promoção da emancipação da população negra” (MOREIRA, 2019, p. 242). Portanto, defender as diferentes formas de igualdade é um pressuposto básico e inicial para se pensarem estratégias mais complexas e eficientes para combater o racismo, seja a partir do Direito, seja de outras áreas do conhecimento, sempre em uma ordem dialógica e jamais isolada.

3.1 Disputas materiais e simbólicas na sociedade brasileira: constante contrariedade à política de cotas raciais enquanto “reação emocional” à perda de privilégios

O modelo de sociedade que se construiu no Brasil está relacionado com a representação social daqueles que podem ou não ocupar os espaços de poder, de decisão, e serem reconhecidos enquanto atores sociais competentes (MOREIRA, 2019). Tudo isso nos condiciona a

discutir a dimensão do privilégio branco e de todo o projeto de nação que foi construído a partir da branquitude e para ela.

A partir disso, as cotas raciais fazem parte de um conjunto de ações políticas específicas que possibilitam, na ótica de Rodrigo Ednilson de Jesus (2011a, p. 7), uma desestabilização “das imagens historicamente construídas e socialmente legitimadas sobre o Brasil”, ou seja, são ações pontuais de cunho social, político e jurídico que contestam de forma direta ou indireta o mito da democracia racial e (ou) a não existência do racismo na sociedade brasileira.

Nesse sentido, cabe ressaltar a importância do debate suscitado por Sueli Carneiro (2010) em seu pronunciamento na Audiência Pública sobre Políticas de Ação Afirmativa de Reserva de Vagas no Ensino Superior organizada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2010, a qual tinha por objetivo subsidiar a Corte no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186.

Na oportunidade, a intelectual negra pontuou que o debate sobre as cotas raciais, naquele momento, colocava em pauta duas perspectivas ou projetos distintos de nação brasileira. Um dos projetos, segundo afirmou ela, teria como base a representação do povo brasileiro enquanto mestiço e pacífico. Em virtude disso, negam-se as violências raciais, e o mito da democracia racial passa a ser constantemente atualizado. O outro projeto, na visão de Carneiro (2010), caminharia em direção oposta, ou seja, no sentido de que essa lógica racista precisa ser rompida e “dialoga com o futuro”, uma vez que objetiva construir uma sociedade em que a racialidade das pessoas não gere desigualdades materiais ou simbólicas.

A partir dos estudos de Maria Aparecida da Silva Bento (2002; 2005), podemos perceber que aquela primeira perspectiva está diretamente relacionada com o conforto da branquitude enquanto posição dominante e incontestada, ou seja, é preciso preservar seu lugar de privilégio e de poder construído historicamente.

Neste contexto, podemos caracterizar a branquitude como

um lugar de privilégio racial, econômico e político, no qual a racialidade, não nomeada como tal, carregada de valores, de experiências,

de identificações afetivas, acaba por definir a sociedade. Branquitude como preservação de hierarquias raciais, como pacto entre iguais, encontra um território particularmente fecundo nas Organizações, as quais são essencialmente reprodutoras e conservadoras. (BENTO, 2002, p. 7).

Por esse motivo, quando empregamos esse conceito, estamos nos referindo a um lugar de privilégios simbólicos e materiais que colaboram para construção social e reprodução do preconceito racial e do racismo (CARDOSO, 2010, p. 611).

Para Lourenço Cardoso (2010; 2021), branquitude é uma identidade racial que historicamente procura-se ocultar. A existência social branca e sua identidade racial auferem vantagens simplesmente por serem brancas. Assim, é estratégico que o branco, enquanto grupo ou indivíduo, procure se esquivar da discussão sobre os conflitos raciais e que busque desviar a atenção do lugar que ocupa na sociedade racializada, pois o silêncio e a omissão caracterizam aquilo que Maria Aparecida da Silva Bento definiu como “pacto narcísico da branquitude”. Em outros termos significa a união entre os brancos para defender seus privilégios raciais (CARDOSO, 2010).

Assim sendo, existe uma estrutura pela qual o negro é condicionado e obrigado a interiorizar os valores brancos (PINHEIRO, 2014) para ser reconhecido socialmente ou, caso contrário, será excluído. Importante mencionar que, ainda que as pessoas negras interiorizem os valores brancos ao buscar reconhecimento, tal desejo jamais será alcançado. Frantz Fanon (2020) alerta que o negro jamais conseguirá se tornar branco porque o ser branco, enquanto categoria histórica, cultural e socialmente construída, também é racializado de tal forma que a sua existência como padrão de humanidade e de civilidade somente se sustenta pela negação do outro, isto é, do negro e de sua negritude.

Por sua vez, o segundo projeto de nação apontado por Carneiro (2010) dialoga com os pressupostos de igualdade material e de reconhecimento porque tem como objetivo destruir a estrutura de desigualdades e privilégios. É a partir dessa segunda perspectiva que as ações afirmativas, com destaque para cotas raciais, têm uma dimensão importante porque em alguma medida elas possibilitam um rompimento da estrutura da branquitude e delas decorrem outras

possibilidades que corroem aos poucos os valores brancos para afirmar a identidade negra, ou seja, a negritude.

Um fator positivo que podemos ressaltar reside no dever de reconhecimento político e jurídico pelo Estado de que pessoas negras são elementares para a construção de uma sociedade democrática e equânime. Logo, é seu dever criar e efetivar políticas públicas que possibilitem que tais sujeitos possam desenvolver suas capacidades e atuar nos diferentes espaços públicos ou privados.

Noutro ponto, o reencontro das próprias pessoas negras, que tiveram sua humanidade roubada, com a negritude enquanto identidade positiva – enquanto afirmação de um existir noutra condição que não aquela de subordinação ao padrão branco, europeu, ocidental e cisheteronormativo – acontece na medida em que essa política de inclusão sociorracial promove a diversidade e, por consequência, a quebra dos estereótipos que sustentam a visão distorcida e naturalizada de que pessoas negras somente podem desempenhar papéis sociais específicos e sempre na condição de subalternas.

Nesse sentido, a reivindicação do direito à educação para a população negra não se reduz ao direito a seu acesso, como querem fazer crer os que afirmam que as demandas do Movimento Negro no Brasil se reduzem à reserva de vagas em instituições de ensino superior (políticas de cotas). Apesar de serem uma reivindicação de espaço nas instituições escolares, as políticas de ações afirmativas – principal bandeira de luta contemporânea dos movimentos negros – não se reduzem a uma demanda por espaço físico ou numérico. São, também, reivindicações por mais espaços físicos; mas são, fundamentalmente, reivindicações por mais espaços simbólicos, que permitam à população afrodescendente no Brasil ser reconhecida como sujeito da história (e não apenas objeto de estudo) e produtora de ciência, de artes, de literatura etc. (JESUS, 2011a, p. 165).

Logo, o que se coloca em pauta não é apenas a ocupação de espaço nas universidades, mas substancialmente a promoção de debate sobre o projeto de nação que se quer ter, manter e (ou) construir (JESUS, 2011a).

Outro fator importante das cotas raciais decorre do fato de haver uma (re)afirmação positiva e política da negritude, ou seja, da identidade

negra para a coletividade, pois, dentro do espaço acadêmico, o contato com o coletivo de estudantes negros, com os/as pouco/as professores/as negros/as presentes dentro da academia que fazem a discussão racial e realizam uma atuação política no desempenho da docência, também é um fator positivo para a construção e efetivação daquele segundo projeto suscitado por Sueli Carneiro (2010), isto é, o combate e a superação do racismo. Com isso, acreditamos que o olhar cuidadoso sobre a Lei n. 12.711/2012 nos permite compreender alguns impactos positivos importantes no âmbito pessoal dos/as ingressantes, na comunidade de origem do/da estudante negro/negra, na academia e na sociedade brasileira como um todo.

Portanto, não acreditamos que o debate sobre a política de ações afirmativas raciais foi e (ou) será superado na próxima década. A própria revisão da Lei n. 12.711/2012, prevista para acontecer no ano de 2022 ainda, tem gerado a (re)volta no debate público sobre a necessidade de sua continuidade ou extinção. Alguns projetos de lei que tramitam na Câmara dos Deputados tentam impor a sua revogação, dentre eles podemos destacar o Projeto de Lei n. 1.531/2019, de autoria da deputada Dayane Pimentel (PSL-BA), que traz como justificativa o argumento de que a Constituição veda quaisquer formas de discriminação, assim defende a parlamentar que somente a reserva de vagas para cotas sociais, ou seja, para estudantes advindos de escolas públicas, deve permanecer:

Conforme a Constituição Federal de 1988, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º). Na medida em que quaisquer formas de discriminação são vedadas constitucionalmente, não caberia à legislação ordinária estabelecer tais distinções raciais no ordenamento jurídico pátrio. Se os brasileiros devem ser tratados com igualdade jurídica, pretos, pardos e indígenas não deveriam ser destinatários de políticas públicas que criam, artificialmente, divisões entre brasileiros, com potencialidade de criar indevidamente conflitos sociais desnecessários. Se o disposto na Carta Magna se aplica a todos os âmbitos, não se deve dar tratamento legal diferenciado para a questão racial para o ingresso na educação pública federal de nível médio e superior. (PIMENTEL, 2019, p. 3).

Por essa proposta de projeto de lei, podemos perceber que a defesa da igualdade formal ainda se faz uma das posições adotadas pelos atores que são contra políticas públicas e ou privadas de cunho racial, o que, em nosso entendimento, dificulta a concretização de justiça para sujeitos que estão inseridos em uma sociedade estruturada pelo racismo.

Por outro lado, o Projeto de Lei n. 1.788/2021, de autoria do deputado Bira do Pindaré (PSB-MA), busca alterar, de dez anos para trinta anos, o prazo para revisão da Lei n. 12.711/2012, sob a justificativa de que referido diploma legal tem permitido que uma série de jovens pertencentes a grupos historicamente discriminados acessem a universidade pública em todo o País e que ele se mostra, após dez anos de sua existência formal, extremamente atual e necessário, devendo também o contexto decorrente da pandemia causada pela covid-19 ser considerado.

A Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012, conhecida como Lei de Cotas, constitui-se num dos mais notáveis avanços de inclusão e acesso à educação superior pública no Brasil. Ela permitiu a uma série de jovens que antes não tinham acesso aos cursos superiores em instituições federais – bem como a cursos técnicos de nível médio também em instituições federais de ensino – ter a chance de obter graduações públicas de qualidade por todo o País.

No entanto, o art. 7º da Lei de Cotas prevê que, no prazo de dez anos a contar da data de publicação da lei, ou seja, em 2022, “será promovida revisão do programa” de acesso previsto na Lei n. 12.711/2012. À época da edição da lei, em 2012, não se tinha talvez ideia de o quão seria relevante a Lei de Cotas e da grande inclusão que se obteria por meio dela, de modo que, hoje, as instituições federais de ensino têm, de fato, predominância de estudantes de baixa renda e daqueles pertencentes a segmentos historicamente discriminados.

Portanto, talvez não houvesse a exata dimensão de que, uma década após sua edição, a Lei de Cotas continuaria extremamente atual e, sobretudo, necessária, ainda mais considerando-se o contexto decorrente da pandemia provocada pelo novo coronavírus (covid-19). É isso que nos leva a prever que a revisão estabelecida no art. 7º da norma legal em questão seja de trinta e não de dez anos (PINDARÉ, 2021, p. 1).

Essa proposta, até o momento do desenvolvimento deste estudo, tramita na Câmara, em caráter *conclusivo*,^[4] e foi aprovada pela Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

Em frente desse contexto, podemos perceber que a questão de ser contra ou a favor da continuidade das cotas raciais, assim como a discussão em torno da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade julgada pelo STF em 2012, são discursos e práticas que colocam em evidência as disputas materiais e simbólicas que “giram em torno das representações sobre o Brasil, dos diferentes projetos defendidos para a nação; bem como das alternativas políticas defendidas no intuito de conservar, atualizar ou reinventar a nação” (JESUS, 2011b, p. 209).

Outro aspecto importante para a discussão é apontado por Lourenço Cardoso quando afirma que “o branco possui, praticamente, todo o poder” e “ser branco é ser poder” (CARDOSO, 2010). Contudo, “ainda assim, não abrem mão de nenhum espaço, não fazem concessão de nenhuma parte do que considera seu espaço, aquele de maior poder, prestígio e valor simbólico e econômico” (CARDOSO, 2014, p. 90). Esse fato demonstra que o debate sobre o projeto de nação a ser (re)construída em termos de futuro e o projeto de manutenção da ordem estrutural branca estão em conflito permanente.

Ademais, o impacto das políticas de cotas raciais por intermédio da Lei n. 12.711/2012, ao que tudo indica, causa uma insatisfação da branquitude diante dos resultados, ainda tímidos, de tal política porque ela de fato configura ameaça concreta e com potencial de romper em alguma medida os privilégios brancos e seus valores sociais difundidos enquanto padrões a serem adotados por todos “os outros” – os não brancos. Assim, tal fato também possibilita identificar que os discursos contemporâneos que defendem a não continuidade de políticas públicas de cunho racial – neste caso a política de cotas raciais – representam evidente e intensa “reação emocional à perda de privilégios” (BENTO, 2005, p. 173) que no presente ganha contornos específicos dentro da lógica conservadora e reacionária das ideologias de direita radical autointituladas como “liberais”.

Por fim, em reunião por videoconferência promovida pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, conforme

bem pontuado pela ex-ministra Nilma Lino Gomes, a Lei n. 12.711/2012 não tem previsão legal de sua extinção ou encerramento de sua vigência, mas apenas de revisão e, portanto, conforme ressalta ela, tal dispositivo legal só pode ter um eixo: o de continuidade. (GOMES, 2021 *apud* NOBRE; SEABRA, 2021).

4 Conclusões

Todo o processo de discussão pública sobre a adoção das ações afirmativas de cunho racial nas últimas duas décadas, em nosso entendimento, abriu espaço para enfrentarmos aquilo que efetivamente dá razão a sua existência: o racismo estrutural brasileiro e as implicações dele decorrentes.

Em caráter conclusivo e respondendo à questão que balizou nosso estudo, constatamos que as políticas de ação afirmativa, cotas raciais, não detêm capacidade ou poder de pôr fim ao racismo estrutural em nossa sociedade, pois seria no mínimo ingenuidade pensar o contrário. Contudo, ressaltamos que a implementação da Lei n. 12.711/2012 tem uma dimensão muito particular, que dialoga com o pressuposto de justiça social apresentado neste estudo, uma vez que, ao permitir acesso de negros e negras à educação superior, ela possibilita, de um lado, a ocupação de espaço que sempre foi considerado exclusivo de e para pessoas brancas e, de outro, também se traduz em instrumento que possibilita que os/as novos/as atores/atrizes sociais contestem o "estereótipo padrão" de quem pode ocupar os espaços de poder e decisão na sociedade.

Ao abordar a necessidade de pautarmos a igualdade para além da mera distribuição de bens materiais, esse viés teórico contempla a necessidade de valorização da diversidade e, por consequência lógica, de reconhecimento de todas as pessoas enquanto sujeitos plenos e com total capacidade para desempenhar qualquer papel/função em sociedade.

Assim, a ressignificação dos espaços sociais é importante na medida em que representa um rompimento com a estrutura consolidada e possibilita que outros atores/atrizes sociais sejam reconhecidos como competentes para assumir cargos de prestígio social – uma das

concepções da justiça social apresentada pela teórica Nancy Fraser, ou seja, a do reconhecimento.

Outro ponto positivo da Lei de Cotas se traduz no descortinamento do potencial de nossa inquietação política, seja em razão de nossas trajetórias singulares, seja pelo contato com os coletivos de estudantes negros e com as/os poucas/os professoras/es negras/os e não negras/os que fazem a discussão racial dentro da academia e também realizam uma atuação política de resistência ao desempenharem a docência. Tudo isso nos condiciona, individual e coletivamente, a fazer enfrentamento, de dentro da universidade, à estrutura estabelecida, de tal modo que realizemos um movimento de contrariedade à ordem social existente, ou seja, um movimento positivo de afirmação política da identidade negra e de dismantelamento do racismo.

Referências

BENTO, M. A. S. Branqueamento e branquitude no Brasil. In: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (org.). **Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2002. p. 25-58.

BENTO, M. A. S. Branquitude e poder: a questão das cotas para negros. In: SANTOS, Sales Augusto dos (org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas américas**. Brasília: Ministério da Educação; UNESCO, 2005. p. 165-177. (Coleção Educação para Todos). Disponível em: https://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/acoes_afirm_combate_racismo_americas.pdf. Acesso em: out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notas taquigráficas da Audiência Pública de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e Recurso Extraordinário 597.285**. 3 a 5 de março de 2010. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Notas_Taquigraficas_Audiencia_Publica.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF: 186 DF**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Alegada ofensa aos arts. 1º, caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI,

LIV, 37, *caput*, 205, 206, *caput*, I, 207, *caput*, e 208, V, todos da Constituição Federal. Ação julgada improcedente. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: out. 2022.

CARDOSO, Lourenço. Branquitude acrítica e crítica: a supremacia racial e o branco anti-racista. **Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud**, Manizales, v. 8, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://revistaumanizales.cinde.org.co/rllcsnj/index.php/Revista-Latinoamericana/article/view/70/28>. Acesso em: 8 jan. 2022.

CARDOSO, Lourenço. A branquitude acrítica revisitada e a branquitude. **Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)**, [S. l.], v. 6, n. 13, p. 88-106, jun. 2014. Disponível em: <https://abpnrevista.org.br/index.php/site/article/view/152>. Acesso em: 2 out. 2021.

CARDOSO, Lourenço. Racismo em tempos ultraliberais. Autor das ideias mais contundentes sobre branquitude na atualidade, Lourenço Cardoso propõe novos paradigmas para uma época sombria. [Entrevista concedida a Arthur Tavares]. **Elástica**, São Paulo, 5 jul. 2021. Disponível em: https://elastica.abril.com.br/especiais/racismo-branquitude-lourenco-cardoso-novos-paradigmas/?fbclid=IwAR02DIq2dRNs-koyl9sBD_jtckabdWsIzqqSOZbGENJa3skXvywuAA1Zz0Ehttps://elastica.abril.com.br/quem-somos/. Acesso em: 8 jan. 2022.

CARNEIRO, Sueli. **Notas taquigráficas da Audiência Pública de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e Recurso Extraordinário 597.285**. Manifestação realizada em plenário do STF. 3 a 5 de março de 2010. p. 296 e seguintes. Brasília: STF, 2010. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Notas_Taquigraficas_Audiencia_Publica.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

CARVALHO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil**: a questão das cotas no ensino superior. 2. ed. São Paulo: Attar, 2006.

FANON, Frantz [1925-1961]. **Pele negra, máscaras brancas**. Tradução de Sebastião Nascimento e colaboração de Raquel Camargo. São Paulo: Ubu Editora, 2020. Disponível em: https://www.ubueditora.com.br/pub/media/productattachment/u/b/ubu-pele_negra-trecho_site-01.pdf. Acesso em: out. 2022.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista crítica de ciências sociais** [online], n. 63, p. 7-20, 2002.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JESUS, Rodrigo Ednilson de. Ações afirmativas, educação e relações étnico-raciais: lutas por redistribuição e por reconhecimento. **Paidéia**, Belo Horizonte, ano VIII, n. 11, 2011b. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/paideia/article/view/1314>. Acesso em: 12 set. 2021.

JESUS, Rodrigo Ednilson de. **Ações afirmativas, educação e relações raciais**: conservação, atualização ou reinvenção do Brasil? Orientadora: Nilma Lino Gomes. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011a. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-92QPQK/1/_a__es_afirmativas__educa__o_e_rela__es_raciais__conserva__o__atualiza__o__ou__reinven__o__do_brasil_.pdf. Acesso em: 12. set. 2021.

KYRILLOS, Gabriela M. Uma análise crítica sobre os antecedentes da interseccionalidade. **Revista Estudos Feministas** [online], Florianópolis, v. 28, n. 1, jun. 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/339806103_Uma_Analise_Critica_sobre_os_Antecedentes_da_Interseccionalidade. Acesso em: out. 2022.

MOREIRA, Adilson José. **Pensando como um negro**: ensaio de hermenêutica jurídica. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de direito antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

NOBRE, Noéli; SEABRA, Roberto. Agência Câmara de Notícias. Parlamentares e movimentos sociais defendem continuidade de cotas nas universidades. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 8 out. 2021. Reportagem de Noéli Nobre. Edição de Roberto Seabra. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/815511-parlamentares-e-movimentos-sociais-defendem-continuidade-de-cotas-nas-universidades/>. Acesso em: 13 out. 2021.

OLIVEIRA, Iolanda de. Educação e relações raciais: discutindo o percurso da igualdade formal para a igualdade substantiva na educação brasileira. **Educação em Foco**, Minas Gerais, v. 19, n. 1, p. 85-110, mar. 2014.

PIMENTEL, Dayane. **Projeto de Lei n. 1.531/2019**. Altera os arts. 3º, 5º e 7º da Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012, para retirar o mecanismo de subcotas raciais para ingresso nas instituições federais de ensino superior e de ensino técnico de nível médio. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1720228. Acesso em: 12 set. 2021.

PINDARÉ, Bira do. **Projeto de Lei n. 1.788/2021**. Dispõe sobre a prorrogação do prazo de vigência da Lei de Cotas. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2282643>. Acesso em: 12 set. 2021.

PINHEIRO, Adevanir Aparecida. **O espelho quebrado da branquidade: aspectos de um debate intelectual, acadêmico e militante**. São Leopoldo-RS: Casa Leiria, 2014. v.1.

SILVEIRA, Oliveira da *et. al.* **Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica**. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2003.

Notas

- [1] Discussão realizada pelos autores no primeiro capítulo do Trabalho de Conclusão de Curso intitulado *Justiça social e Racial no Brasil Contemporâneo: Digressões para além da Lei n. 12.711/2012*.
- [2] Discussão realizada pelos autores no segundo capítulo do Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: *Justiça social e Racial no Brasil Contemporâneo: Digressões para além da Lei n. 12.711/2012*.
- [3] Indicamos a leitura do artigo de Gabriela M. Kyrillos intitulado *Uma Análise Crítica sobre os Antecedentes da Interseccionalidade* (KYRILLOS, 2020).
- [4] Diz respeito a um rito de tramitação pelo qual o projeto de lei é votado apenas pelas comissões designadas para sua análise, sendo dispensada a deliberação do Plenário. O projeto pode perder o caráter conclusivo em caso de decisão divergente entre as comissões ou se, independentemente de aprovação ou rejeição, houver recurso assinado por 52 deputados para a apreciação da matéria pelo Plenário.

A aprendizagem profissional como um instrumento de inclusão social: a importante atuação do Ministério Público do Trabalho

Carolina Carneiro de Abreu

Analista Processual do Ministério Público da União. Assessora Jurídica do 14º Ofício da Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região (PRT10). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Resumo: O presente artigo tem como objetivo demonstrar que o instituto da aprendizagem profissional, previsto no art. 428 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), é importante instrumento de inclusão social, sendo responsável por promover a profissionalização dos jovens, especialmente ao oferecer oportunidades de trabalho aos adolescentes que se encontram em situação de vulnerabilidade. Por outro lado, ao estabelecer a premissa de que o instituto está sendo subutilizado no Brasil, o estudo apresenta a relevante atuação do Ministério Público do Trabalho na efetivação do cumprimento da cota de aprendizagem por parte das empresas.

Palavras-chave: trabalho infantil; direito à profissionalização; aprendizagem profissional; meio alternativo de cumprimento da cota de aprendizagem; Ministério Público do Trabalho.

Sumário: 1 Introdução. 2 Trabalho infantil: apontamentos históricos e evolução legislativa no Brasil. 3 Do direito à profissionalização. 4 Da aprendizagem profissional. 5 Da atuação do Ministério Público do Trabalho. 6 Conclusão.

1 Introdução

Consoante dados divulgados pelo Observatório da Prevenção e da Erradicação do Trabalho Infantil da Plataforma SmartLab^[1] – Promoção

do Trabalho Decente Guiada por Dados –, iniciativa conjunta entre o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil, a partir de análise das informações divulgadas pelo Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Novo Caged), até março de 2021, verifica-se que um número de 437,9 mil adolescentes e jovens entre 14 e 24 anos adentraram no mercado formal de trabalho por meio da intitulada aprendizagem profissional.

No entanto, constata-se que tal número representa apenas 49,9% do potencial total de contratação de aprendizes no Brasil. Insta frisar que o potencial de contratação se refere ao percentual mínimo (5%) das empresas que devem cumprir a cota de aprendizagem, conforme art. 429 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que, no País (a partir da soma total de todos os estados federados), em janeiro de 2021, representava 887,8 mil aprendizes.

Em outras palavras, apesar de os estabelecimentos de qualquer natureza serem obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a, no mínimo, 5% dos trabalhadores cujas funções demandem formação profissional, a realidade e os dados estatísticos demonstram que menos da metade das empresas/estabelecimentos (49,9%) estão cumprindo a legislação ordinária. Ou seja, há uma subutilização desse importante instituto no cenário nacional, o que pode decorrer das seguintes causas: insensibilidade empresarial; desconhecimento da matéria e de sua obrigatoriedade; falta de reconhecimento da capacidade de utilização da aprendizagem profissional como instrumento de combate ao trabalho infantil e de diminuição das altas taxas de desocupação dos jovens.^{[2]-[3]}

Em consonância com a perspectiva de conceder maior relevo ao instituto da aprendizagem profissional e, por conseguinte, fomentar a inclusão social de adolescentes e jovens brasileiros, o presente artigo tem como objetivo apresentar alterações legislativas promovidas nos últimos anos, mormente no que se refere ao Decreto n. 9.579, de 2018, e à inclusão do § 3º no art. 429 da CLT pela Lei n. 13.840, de 5 de junho 2019, assim como fazer um cotejo sobre a atuação do MPT na efetivação do cumprimento da cota de aprendizagem por parte das empresas.

Para tanto, será exposto, em primeiro plano, um breve histórico sobre o trabalho infantil e sobre o instituto da aprendizagem profissional no Brasil, ressaltando-se a questão do direito fundamental à profissionalização. Ato contínuo, serão destacadas as alterações infraconstitucionais supracitadas, as quais devem ser utilizadas para suprir uma das maiores celeumas no tocante à aprendizagem profissional, qual seja: a contratação de aprendiz em atividades de risco e sua repercussão na base de cálculo da cota. Por fim, serão apresentadas atuações relevantes do MPT na temática.

2 Trabalho infantil: apontamentos históricos e evolução legislativa no Brasil

Apenas no final do século XIX, com a Proclamação da República brasileira, surgiu a primeira legislação com o escopo de regulamentar o trabalho da criança e do adolescente.^[4] Nesse sentido, o Decreto n. 1.313, de 1891, proibiu o trabalho de menores de doze anos de idade, salvo no caso de regime de aprendizagem em fábricas de tecido, a partir dos oito anos.

Posteriormente, nos anos finais da década de 1920, houve um crescimento populacional brasileiro e um consequente desenvolvimento econômico e urbano dos grandes centros, dando azo a sérios contrassensos sociais. Como consequência desse processo, constatou-se o aumento do desemprego, da prostituição e do número de crianças que passaram a morar e a trabalhar nas ruas das grandes cidades. Especificamente refletindo sobre o trabalho de crianças e adolescentes, Oris de Oliveira ressalta:

Na medida em que alguns setores industriais se implantaram e desenvolveram, sobretudo em cidades da região Sudeste, e mais intensamente no final do século XIX, iniciou-se uma predatória utilização da mão-de-obra infanto-juvenil, preferencialmente recrutada em asilos de órfãos e instituições de caridade. O trabalho de crianças e adolescentes aparece de modo recorrente como “ocupação mais útil do que a vagabundagem”. (OLIVEIRA, 2009, p. 36).

É nesse contexto que surge o Código de Menores em 1927, conhecido como Código Mello Mattos:

A consolidação teve como principal operador o professor, deputado e Juiz de Menores José Cândido de Albuquerque Mello Mattos.

O Código tinha como sujeito de aplicação “o menor de um e outro sexo, abandonado e delinquente” (art. 1º). Ordens emanadas pelo juiz de menores esteadas no Código foram contestadas por não se aplicarem a filhos assistidos pelos pais e que não eram nem abandonados nem delinquentes.

[...]

A grande inovação do Código de 1927 foi a de regulamentar o trabalho infanto-juvenil em todo o território nacional, na medida que, segundo Lemos Brito, se impunha para oferecer iguais condições de concorrência na utilização do braço infanto-juvenil: 1. Idades mínimas: proibido o trabalho a) abaixo dos 12 anos de idade; b) abaixo dos 14 anos se não completada a instrução primária, podendo, todavia, a autoridade competente autorizar o trabalho quando indispensável para a própria subsistência ou de seus pais, irmãos, desde que a instrução escolar lhe seja possível; c) abaixo dos 14 anos nas oficinas de usinas, manufaturas, estaleiros, minas ou qualquer trabalho subterrâneo, pedreiras, ainda que os estabelecimentos tenham caráter beneficente ou profissional; exceto empregados somente por membros da família sob autoridade dos pais ou tutores; d) abaixo dos 18 anos em trabalhos perigosos à saúde, à vida, à moralidade e excessivamente fatigantes ou que excedam suas forças. (OLIVEIRA, 2009, p. 40).

O Código de Menores de 1927 instaurou um sistema dual no atendimento à criança, estabelecendo uma distinção entre “criança” e “menor”. Nessa esteira, a diferença, em princípio, não estava correlacionada à idade, haja vista que a expressão “menor” era utilizada para crianças e adolescentes marginalizados e delinquentes das camadas mais pobres, enquanto as crianças das famílias mais abastadas não eram assim designadas. A partir de tais disposições legais, possibilitou-se que o Estado exercesse a tutela que até então era das famílias, porquanto deveria intervir naquelas em que o poder familiar não estivesse presente ou não estivesse sendo realizado consoante os modelos estabelecidos. Assim, as famílias que não seguiam o modelo da burguesia tinham seus filhos classificados como crianças em “situação irregular” (OLIVEIRA, 2009, p. 41).

Em seguida, a Constituição de 1934, ao incorporar no seu texto catálogo de direitos sociais e trabalhistas, vedou: a) o trabalho de menores de quatorze anos; b) o trabalho noturno aos menores de dezesseis anos; c) o trabalho industrial insalubre aos menores de dezoito anos. Essa disposição permitiu, em 1935, a ratificação das Convenções n. 5 (limitava à idade de quatorze anos o labor infantil em determinadas atividades) e n. 6 (proibia o trabalho noturno do menor na indústria) da Organização Internacional do Trabalho. A Constituição de 1937 trouxe previsão idêntica à anterior.

Em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho entrou em vigor, reservando um capítulo à proteção do “menor” (Capítulo IV). Oris de Oliveira afirma:

Convém anotar que pela primeira vez, as normas sobre trabalho infantil foram inseridas em um código – Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, nos arts. 402 a 441. O adolescente trabalhador passou a ter, explicitados em lei ordinária, todos os direitos dos empregados adultos, por exemplo, férias, descanso semanal, indenização nas dispensas imotivadas, obedecidas as seguintes peculiaridades: 14 anos idade mínima para admissão; 18 anos para trabalho noturno, insalubre e perigoso; assistência paterna; observância da escolaridade de quatro anos; obrigatoriedade das empresas admitirem aprendizes a partir de 14 anos e os matricularem em sistema nacional de aprendizagem. (OLIVEIRA, 2009, p. 56).

A Constituição de 1946, por sua vez, asseverava que o trabalho de menores de quatorze anos era proibido, tal como o trabalho de menores de dezoito anos em indústrias insalubres e no período noturno.

Significativo retrocesso social se deu com a Constituição da República de 1967. Isso porque a idade mínima foi reduzida para doze anos, o que foi mantido pela Emenda Constitucional n. 1/1969. No entanto, manteve a vedação ao labor perigoso, insalubre e noturno aos menores de dezoito anos.

Em 1979, o Decreto n. 6.697 aprovou o novo Código de Menores, revogando o diploma de 1927. A mencionada norma realizou uma revisão do Código de Menores de 1927, todavia, não representou um novo paradigma; pelo contrário, seguiu com a linha principal de assistencialismo e repressão junto à população infantojuvenil. A legislação

ênfatiou o conceito de “menor em situação irregular”, o qual englobava meninos e meninas que se encontravam em situação de infância de “perigo” e (ou) infância “perigosa”, que ficariam a cargo da administração da Justiça de Menores.

Noutro giro, em sua redação original, a Carta Magna de 1988 concebeu a idade mínima de quatorze anos para o labor comum, ressaltando a viabilidade da contratação de aprendizes a partir de doze anos. Ainda, vedou o exercício do trabalho perigoso, insalubre e noturno a menores de dezoito anos. Todavia, em 1998, a Emenda Constitucional n. 20 elevou para dezesseis anos a idade laborativa, excetuando a possibilidade de exercer atividade enquanto aprendiz, a partir dos quatorze anos.

Analisando a referida Emenda Constitucional, assim como a Convenção n. 138 da OIT, Alice Monteiro de Barros ressalta:

Não há dúvida de que a Emenda n. 20 permitiu a ratificação pelo Brasil da Convenção n. 138 da OIT, importante arma contra o trabalho infantil. Isto porque o limite de idade fixado pela Constituição em 14 anos conflitava com a idade mínima exigida naquele instrumento internacional. Sustentavam alguns que a alteração de limite de idade não resolvia o problema da evasão escolar e que melhor seria que os trabalhadores de 14 a 16 anos, ao invés de abandonados nas esquinas, estivessem sob o regime de trabalho protegido, com salário garantido para a autossustentação. Outros afirmavam que a elevação do limite de idade proporcionaria maior espaço para a formação educacional do menor, *desideratum* que já se exteriorava no art. 227 da Constituição vigente. (BARROS, 2010, p. 557).

Apresentado o esboço histórico-jurídico do trabalho realizado pelos menores de dezoito anos no contexto brasileiro, em sequência, analisar-se-á o direito à profissionalização e a questão da aprendizagem profissional em si.

3 Do direito à profissionalização

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o tratamento concedido a crianças e adolescentes no Brasil foi completamente reformulado, principalmente pela adoção da doutrina da proteção integral.^[5] Nesse diapasão, a referida teoria concebe crianças e

adolescentes como cidadãos plenos – não mais como meros objetos de ações assistencialistas. São sujeitos de direitos e obrigações, a quem o Estado, a família e a sociedade devem atender prioritariamente, haja vista a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme bem expõe o art. 227 da Constituição da República:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Da leitura do dispositivo constitucional, observa-se que a doutrina da proteção integral elenca como prioritário o direito à profissionalização dos adolescentes e jovens, inserindo-o no âmbito da política educacional. Nessa esteira, em razão do reflexo constitucional irradiado, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, estabeleceu o direito à profissionalização e à proteção no trabalho, em seu Capítulo V da Parte Geral, *in verbis*:

Art. 69. O adolescente tem direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados os seguintes aspectos, entre outros:

- I - respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;
- II - capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

Com relação à profissionalização, a Organização Internacional do Trabalho destaca, em sua Recomendação n. 117,^[6] que:

Disposições Gerais:

1. [...]
2. a formação não é um fim em si mesma, senão meio de desenvolver as aptidões profissionais de uma pessoa, levando em consideração as possibilidades de emprego e visando ainda a permitir-lhe fazer uso de suas potencialidades como melhor convenha a seus interesses e aos da comunidade.

Quanto ao devido respeito ao direito à profissionalização, Marcelo Pedrosa Goulart ensina:

Na sociedade contemporânea, marcada pela revolução tecnológica, o mundo do trabalho é exigente em termos de qualificação. Portanto, a formação profissional adequada a essa nova realidade é pressuposto de exercício da cidadania. A formação escolar e profissional insuficiente e inadequada implica, hoje, exclusão do mercado, portanto, exclusão social. Os empregadores estão exigindo formação mínima de ensino médio até para as atividades mais simples. Os trabalhos de cunho meramente manual ou braçal estão desaparecendo em face da substituição da pessoa por instrumentos mecânicos (mecanização) e eletrônicos (automação).

O respeito ao desenvolvimento da criança e do adolescente implica efetivação do direito à profissionalização. De uma profissionalização que atenda as exigências do mercado de trabalho da era informacional, da era do conhecimento.

[...]

Assim, a violação do direito à profissionalização:

constitui um obstáculo ao desenvolvimento integral da pessoa;

representa ignominiosa forma de exploração, de violência, de opressão, de desrespeito à dignidade humana;

constitui obstáculo à constituição da sociedade livre, justa e solidária projetada na Constituição. (GOULART, 2005, p. 105).

Com vistas a inserir o adolescente e o jovem de forma qualificada no mercado de trabalho, foi desenvolvido o instituto da aprendizagem profissional, consoante se verificará no tópico a seguir.

4 Da aprendizagem profissional

A partir da necessidade de observância da teoria da proteção integral em âmbito nacional, foi editada a Lei n. 10.097/2000^[7] pelo Congresso Nacional, a qual alterou os artigos da CLT que tratavam do instituto da aprendizagem, materializando, dessa forma, os preceitos da aludida teoria em prol dos adolescentes.

Com efeito, a aprendizagem profissional, definida legalmente no *caput* do art. 428 da CLT, diz respeito à formação técnico-profissional

metódica direcionada ao adolescente, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, assegurada pelo empregador, segundo as diretrizes e bases da legislação de educação em vigor, implementada por meio de um contrato de trabalho especial, necessariamente ajustado por escrito e com prazo determinado de, no máximo, dois anos, excetuando-se tal limitação temporal no que concerne ao aprendiz com deficiência.

A par do conceito legal, Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 446) entende o contrato de aprendizagem como

um contrato de formação profissional, cujo objetivo é favorecer a inserção ou a reinserção profissional de trabalhadores, bem como, permitir a manutenção do emprego, o desenvolvimento de aptidões e o acesso à qualificação profissional.

A obrigatoriedade da contratação de aprendizes restou estabelecida no *caput* do art. 429 da CLT:

Art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.

Com o fito de regulamentar a matéria, em 2005, foi editado o Decreto n. 5.598, e em seu art 10, § 1º,^[8] restou definido que deverão ser excluídas do cômputo da cota de aprendizes as funções que demandem habilitação profissional de nível técnico ou superior, assim como os cargos de direção, gerência ou confiança. Excetuadas tais funções e cargos, “para a definição das funções que demandem formação profissional, deverá ser considerada a Classificação Brasileira de Ocupações” (art. 10, *caput*, do Decreto n. 5.598/2005, atualmente previsto no art. 52, *caput*, do Decreto n. 9.579/2018).

Em outras palavras, não há falar em necessidade de verificação do nível das capacidades profissionais e dos conhecimentos técnico-teóricos requeridos para o exercício da atividade profissional, uma vez que a disciplina legal da aprendizagem estabelece critério objetivo para a fixação da base de cálculo da cota de aprendizagem, qual seja: que a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) estabeleça a previsão de necessidade de formação profissional.

Entretanto, em função de certas questões práticas, mormente no que diz respeito à contratação de aprendizes em atividades de risco e (ou) perigosas ou insalubres, a doutrina e a jurisprudência se depararam com algumas controvérsias.

Ao estudar o assunto, a Ministra do Tribunal Superior do Trabalho Kátia Magalhães Arruda (2016, p. 95) asseverou que a questão referente a qual seria a base de cálculo sobre a qual deveria incidir o percentual de contratação de aprendiz nas funções que demandem formação profissional provavelmente representa o tema mais polêmico envolvendo o contrato de aprendizagem.

Nesse sentido, objetivando resolver as celeumas doutrinárias e jurisprudenciais, tal como analisadas pela Ministra Kátia Magalhães Arruda, assim como para enfraquecer fundamentações e alegações trazidas por parte de alguns setores econômicos no sentido de que as suas atividades poderiam comprometer a vida ou a saúde do aprendiz por serem perigosas ou insalubres, em 4 de maio de 2016, foi instituído o meio alternativo de cumprimento da cota, também denominado “cota/aprendizagem social”, pelo Decreto Presidencial n. 8.740,^[9] que, posteriormente, foi revogado, sendo suas disposições incluídas no Decreto n. 9.579/2018.

Dessa feita, concedeu-se a possibilidade de tais empresas solicitarem ao Ministério do Trabalho (atual Ministério da Economia, Secretaria do Trabalho) que a carga horária do aprendiz contratado fosse cumprida em entidade concedente da experiência prática. A previsão encontra-se disposta no atual art. 66 do Decreto n. 9.579/2018 (art. 23-A do Decreto n. 5.598/2005, atualmente revogado):

Art. 66. O estabelecimento contratante cujas peculiaridades da atividade ou dos locais de trabalho constituam embaraço à realização das aulas práticas, além de poderem ministrá-las exclusivamente nas entidades qualificadas em formação técnico profissional, poderão requerer junto à respectiva unidade descentralizada do Ministério do Trabalho e Previdência Social a assinatura de termo de compromisso para o cumprimento da cota em entidade concedente da experiência prática do aprendiz.

Além disso, consoante o § 2º desse mesmo artigo, consideram-se entidades concedentes da experiência prática do aprendiz: a) órgãos

públicos, b) organizações da sociedade civil e c) unidades do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase).

Dessa forma, cumpre frisar que, desde 4 de maio de 2016, tornou-se concebível que empresas com algum tipo de embaraço para alocar seus aprendizes em seu próprio estabelecimento – seja por falta de ambiente propício para acolhê-los, seja por falta de cursos específicos para sua área de atuação – pactuem convênios com órgãos públicos, organizações da sociedade civil e unidades do Sinase para que os jovens contratados tenham a experiência prática da aprendizagem nesses locais.

Ainda dentro desse contexto, dispõe o § 1º, inciso I, do mesmo artigo que “[c]ompete ao Ministério do Trabalho definir: I - os setores da economia em que a aula prática poderá se dar nas entidades concedentes [...]”. Com o intuito de regular a previsão supramencionada, em 23 de maio de 2017, o Ministério do Trabalho editou a Portaria n. 693, segundo a qual restaram definidos os seguintes setores da economia em que a aula prática poderia se dar nas entidades concedentes:

Art. 1º - Os estabelecimentos que desenvolvem atividades relacionadas aos setores econômicos elencados abaixo poderão requerer junto à respectiva unidade descentralizada do Ministério do Trabalho a assinatura de Termo de Compromisso para o cumprimento da cota em entidade concedente da experiência prática do aprendiz, nos termos do § 1º do artigo 23-A do Decreto 5.598/2005:

I - Asseio e conservação;

II - Segurança privada;

III - Transporte de carga;

IV - Transporte de valores;

V - Transporte coletivo, urbano, intermunicipal, interestadual;

VI - Construção pesada;

VII - Limpeza urbana;

VIII - Transporte aquaviário e marítimo;

IX - Atividades agropecuárias;

X - Empresas de Terceirização de serviços;

XI - Atividades de Telemarketing;

XII - Comercialização de combustíveis; e

XIII - Empresas cujas atividades desenvolvidas preponderantemente estejam previstas na lista TIP (Decreto 6.481/2008).

Ademais, não se pode olvidar que, no cumprimento da cota de aprendizes, as empresas deverão contratar jovens com perfil de risco ou vulnerabilidade social, conforme prevê o § 5º do referido art. 66 do Decreto n. 9.579/2018. Confira-se:

§ 5º A seleção dos aprendizes será realizada a partir do cadastro público de emprego, disponível no sítio eletrônico Emprega Brasil, do Ministério do Trabalho, e deverá priorizar a inclusão de jovens e adolescentes em situação de vulnerabilidade ou risco social, tais como:

I - adolescentes egressos do sistema socioeducativo ou em cumprimento de medidas socioeducativas;

II - jovens em cumprimento de pena no sistema prisional;

III - jovens e adolescentes cujas famílias sejam beneficiárias de programas de transferência de renda;

IV - jovens e adolescentes em situação de acolhimento institucional;

V - jovens e adolescentes egressos do trabalho infantil;

VI - jovens e adolescentes com deficiência;

VII - jovens e adolescentes matriculados em instituição de ensino da rede pública, em nível fundamental, médio regular ou médio técnico, incluída a modalidade de Educação de Jovens e Adultos; e

VIII - jovens desempregados e com ensino fundamental ou médio concluído em instituição de ensino da rede pública.

Logo, empresas que antes possuíam dificuldades,^[10] agora têm a chance de se valer da denominada *aprendizagem social* para cumprir a obrigação legal de forma alternativa e com relevância, notadamente por ser necessário incluir socialmente adolescentes e jovens em situação de vulnerabilidade, revelando a extrema importância do instituto.

Ademais, é importante destacar a novidade trazida com a aprovação da Lei n. 13.840, de 5 de junho de 2019, a qual altera a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, para tratar do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, definindo as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas, bem como dando outras providências. Confira-se:

Art. 429. [...]

§ 3º Os estabelecimentos de que trata o caput poderão ofertar vagas de aprendizes a adolescentes usuários do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD nas condições a serem dispostas em instrumentos de cooperação celebrados entre os estabelecimentos e os gestores locais responsáveis pela prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Mais uma vez, constata-se o papel da aprendizagem profissional como importante vetor de inclusão social, visto que há forte preconceito social e empresarial na inserção de adolescentes e jovens usuários de substâncias psicoativas. Sendo assim, existindo um dispositivo legal que estimule a oferta de vagas de aprendizes a adolescentes usuários do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, em que pese de forma facultativa, abre-se espaço para sua real inserção no mercado de trabalho.

No entanto, tendo em conta que, não obstante exista todo esse arcabouço legislativo para estimular a contratação de aprendizes, há diversas empresas infringindo a cota de aprendizes (conforme demonstram as ações fiscais do Ministério do Trabalho e Previdência), o MPT, que tem como objetivo e atuação prioritária o combate à exploração do trabalho de crianças e a regularização do trabalho de adolescentes, decidiu implementar diversas ações preventivas e repressivas, conforme será analisado no tópico a seguir.

5 Da atuação do Ministério Público do Trabalho

Nos termos do art. 127 da Constituição Federal, o Ministério Público é "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis", sendo o Ministério Público do Trabalho o órgão voltado à defesa da legislação vigente

concernente às relações de trabalho, intervindo e trabalhando, portanto, a serviço da sociedade e do interesse público na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Com o intuito de promover uma melhor defesa dos direitos sociais e desempenho de suas funções, o MPT elencou metas e temas prioritários de atuação. Para tanto, criou oito coordenadorias temáticas estratégicas para o tratamento isonômico, articulado e coordenado de tais matérias, que são as seguintes: Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Conaete); Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho (Codemat); Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (Conafret); Coordenadoria Nacional de Promoção da Regularidade do Trabalho na Administração Pública (Conap); Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical e do Diálogo Social (Conalis); Coordenadoria Nacional do Trabalho Portuário e Aquaviário (Conatpa); Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (Coordigualdade); e Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente (Coordinfância).

Notadamente a respeito da Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente (Coordinfância), esta foi criada em novembro de 2000 por meio da Portaria n. 299 do Procurador-Geral do Trabalho. Entre as suas atribuições, a Coordenadoria tem o escopo de discutir e fomentar atuações em questões voltadas à proteção de crianças e adolescentes no trabalho.

Com efeito, um dos projetos estratégicos é o Resgate a Infância – Eixo Profissionalização/Aprendizagem que, em conjunto com os demais eixos estabelecidos (Eixo Educação e Eixo Políticas Públicas), desenvolve ações coordenadas para a promoção dos direitos da criança e do adolescente em temas trabalhistas. Conforme explica a Procuradora do Trabalho Patrícia de Mello Sanfelici Fleischmann, o projeto possui papel relevante, pois:

[...] a atuação promocional se mostra necessária e se realiza pelo Eixo Profissionalização, que busca a conscientização e sensibilização das empresas para a importância das cotas determinadas em lei,

destacando a relevância de ser dada prioridade na contratação dos adolescentes em situação de maior vulnerabilidade social – o que é garantido pelo Decreto n.º 9.759/2018 (BRASIL, 2018).

Essa conscientização se dá a partir de audiências públicas ou coletivas que envolvam as empresas locais, o sistema S, as entidades formadoras e a rede de proteção da infância. Nessas audiências, além de o MPT destacar as vantagens da aprendizagem profissional, busca-se fazer um elo entre as empresas, as entidades formadoras e a rede de proteção, que muitas vezes não possuem muito contato, o que faz com que oportunidades não surjam ou não sejam de conhecimento do público prioritário. (FLEISCHMANN, 2020, p. 434-435).

Outrossim, na Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região (PRT10), ganham destaque diversos acordos extrajudiciais e judiciais realizados com empresas para cumprimento da cota.

Nesse sentido, cita-se o Termo de Ajustamento de Conduta n. 135/2018 assinado no Inquérito Civil n. 001464.2018.10.000/5-44, no qual o Banco de Brasília S.A (BRB) se comprometeu a contratar cinquenta aprendizes, devendo as vagas ser preenchidas por adolescentes e jovens em situação de vulnerabilidade social. Da leitura do Termo de Ajustamento de Conduta, verifica-se: ^[11]

As vagas serão ocupadas por adolescentes e jovens em situação de vulnerabilidade social, distribuídas da seguinte forma: 25 destinadas aos adolescentes que estejam cumprindo medidas socioeducativas em meio aberto ou em semiliberdade, 15 para jovens formados pelo Projeto ViraVida e 10 vagas para adolescentes que estejam cumprindo medida socioeducativa na Unidade de Internação de Saída Sistemática (UNISS) do Distrito Federal.

Ressalta-se que “ViraVida” é um programa de iniciativa do Serviço Social da Indústria (Sesi) que apoia jovens com idade entre 15 e 21 anos em situação de vulnerabilidade social. Os jovens participam de oficinas de profissionalização com o objetivo de serem inseridos no mercado de trabalho e nos programas de aprendizagem. Além de capacitação profissional, também é oferecido apoio psicossocial. Por sua vez, a Unidade de Internação de Saída Sistemática (Uniss), localizada na Região Administrativa do Recanto das Emas (DF), é composta por casas de convivência divididas em quartos, que podem alojar de dois a quatro adolescentes. ^[12]

Outrossim, mister se faz apontar o acordo judicial realizado pelo *Parquet Trabalhista* na Ação Civil Pública n. 0000754-69.2018.5.10.0013. Segundo consta no termo de audiência do respectivo processo, realizada em 19 de novembro de 2018, restou acordado que:

O réu se compromete a contratar e manter a quota mínima de aprendizes que, na data de hoje, representariam 115 aprendizes, a partir de 02.01.2019. Fica garantido, portanto, o cumprimento da quota mínima de 115 aprendizes, sem prejuízo de aumento do número de aprendizes, no caso de a empresa contratar mais cargos e funcionários permanentes, o que modificará a base de cálculo. A empresa comprovará documentalmente a contratação dos 115 aprendizes, em 30 dias, a partir de 02.01.2019. O cumprimento da referida quota se dará da seguinte forma: 50% da quota será cumprida através da contratação de aprendizes oriundos do programa de liberdade assistida da Secretaria da Infância do DF, sendo que a empresa se compromete a contactar aquele órgão do Governo Distrital, para as devidas contratações. 50% através de contratação de entidade formadora de aprendizes pela empresa reclamada, para cumprimento de provimento de empregos de aprendizes na reclamada, nos cargos de administrativo, manutenção e cobradores, com a observação que os empregos oferecidos na manutenção e na atividade de cobradores, serão com jovem de 18 anos ou mais. Que na área administrativa, a contratação priorizará a admissão de menores de 18 anos. A título de danos coletivos e multa pelo descumprimento da liminar, a empresa se compromete a contratar uma quota extra de 35 (trinta e cinco) aprendizes, a partir de 02.01.2020, com o prazo de manutenção da quota extra por dois anos, com prazo de comprovação de 30 dias.^[13]

Verifica-se, por conseguinte, a relevância da atuação do MPT para a observância da cota da aprendizagem e o fiel cumprimento das suas atribuições constitucionais de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal de 1988).

6 Conclusão

Como visto, no Brasil, o trabalho é totalmente proibido antes dos dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos. Destarte, a aprendizagem representa uma das formas de se

enfrentar a precariedade do trabalho infantil e harmonizar educação e qualificação no trabalho, possibilitando que os jovens usufruam de garantias trabalhistas, segurança e remuneração justa.

Constata-se, portanto, que o efetivo cumprimento da obrigação de contratar aprendizes reveste-se de extrema relevância social, já que tem como objetivo estimular a profissionalização (direito fundamental) e o ingresso de jovens no mercado formal de trabalho.

Ademais, mostra-se imprescindível que as empresas também considerem a lei como uma oportunidade de proporcionar inclusão social, por meio do primeiro emprego para os mais jovens e da contribuição para a formação dos futuros profissionais do País. Ou seja, a aprendizagem profissional é questão de responsabilidade social, que não pode ser negligenciada. Mister se faz assentar, ainda, que a aprendizagem, além de favorecer a profissionalização dos jovens e adolescentes, tem implicação positiva para a sociedade, haja vista proporcionar maior oferta de mão de obra qualificada, e desempenha papel importante na quebra do ciclo intergeracional da pobreza. Por consequência, acaba por afetar os índices de violência social, diminuindo-os.

Ante todo o exposto, recebe destaque a atuação do MPT – tanto extrajudicial quanto judicial –, que não apenas garante a inclusão dos adolescentes e jovens, mas propicia e viabiliza a colocação no mercado de trabalho desses adolescentes e jovens, que muitas vezes estão vulneráveis e em situações que requerem atenção, o que pode representar uma diferença na sua qualificação e, conseqüentemente, no seu futuro.

Referências

ARRUDA, Kátia Magalhães. A Lei da Aprendizagem na interpretação do Tribunal Superior do Trabalho. In: MELO, Guilherme Aparecido Bassi de; CÉSAR, João Batista Martins (org.). **Trabalho infantil**: mitos, realidades e perspectivas. Estudos em homenagem ao professor Oris de Oliveira. São Paulo: LTr, 2016. p. 91-99.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei federal n. 8069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**: Seção 1. Brasília, DF, 16

jul. 1990, p. 13563. Retificada no DOU, Seção 1, 27 set. 1990, p. 18551. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm. Acesso em: 30 mar. 2022.

FLEISCHMANN, Patrícia de Mello Sanfelici. O Ministério Público do Trabalho no combate ao trabalho infantil – Projeto Resgate a Infância. In: RAMOS, Ana Maria Villa Real Ferreira; VILAR-LOPES, Dalliana; COUTINHO, Luciana Marques; REZENDE, Simone Beatriz Assis de. **Coordinfância**: 20 anos de luta pela efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2020.

GOULART, Marcelo Pedroso. A convenção sobre a idade mínima e o direito brasileiro. In: CORRÊA, Lelio Bentes; VIDOTTI, Tércio José (coord.). **Trabalho infantil e direitos humanos**: homenagem a Oris de Oliveira. São Paulo: LTr, 2005. p. 94-119.

GRUNSPUN, Haim. **O trabalho das crianças e dos adolescentes**. São Paulo: LTr, 2000.

MELO, Guilherme Aparecido Bassi de; CÉSAR, João Batista Martins (org.). **Trabalho infantil**: mitos, realidades e perspectivas. Estudos em homenagem ao professor Oris de Oliveira. São Paulo: LTr, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Oris de. **Trabalho e profissionalização de adolescente**. São Paulo: LTr, 2009.

RAMOS, Ana Maria Villa Real Ferreira; VILAR-LOPES, Dalliana; COUTINHO, Luciana Marques; REZENDE, Simone Beatriz Assis de. **Coordinfância**: 20 anos de luta pela efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2020.

ROMÃO, Luís Fernando de França. **A constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Almedina, 2016.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

Notas

- [1] Informações extraídas do site: <https://smartlabbr.org/trabalhoinfantil/localidade/0?dimensao=aprendizagem>. Acesso em: 30 mar. 2022.
- [2] As referidas causas foram destacadas pela Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Kátia Magalhães Arruda, em estudo elaborado e publicado no artigo “A lei da aprendizagem na interpretação do Tribunal Superior do Trabalho” (ARRUDA, 2016, p. 91-99).
- [3] Conforme dados informados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no final de 2018, mais de quatro milhões de jovens de até 24 anos (idade-limite para ingressar no programa de aprendizagem profissional) estavam desocupados, isto é, desempregados mas em busca de trabalho.
- [4] Insta frisar que, no campo jurídico internacional, não há distinção entre crianças e adolescentes. Logo, é “criança” qualquer pessoa humana menor de dezoito anos. Já no Brasil, crianças representam os menores de doze anos incompletos, enquanto a adolescência vai dos doze anos completos até os dezoito anos.
- [5] Sobre o assunto, Luís Fernando de França Romão tece importante comentário ao explicar que o fenômeno da constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente – bem como o processo de constituição de novos direitos desses indivíduos, afirmando-os enquanto sujeitos de direito – teve início no I Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua, em 1984, onde discutiu-se a situação dos indivíduos taxados de “menores abandonados”. Em consequência dessa mobilização, ganhou força o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, que foi apoiado pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef). O fato é que essa mobilização social em prol da construção de um texto constitucional, em meados da década de 1980, caracterizou-se como uma ampla mobilização de cidadania, que teve entre seus reflexos diretos a formação da Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança, em 1986, responsável pela elaboração da emblemática Carta à Nação Brasileira – que visou despertar a atenção da sociedade brasileira às demandas relacionadas à infância –, potencializada pela campanha “Criança Constituinte”. E como consequência de toda essa mobilização, os direitos da criança e do adolescente foram inseridos no corpo constitucional com a devida prioridade (ROMÃO, 2016, p. 61-64).
- [6] A Recomendação n. 117 da OIT cuida da matéria da formação profissional e foi aprovada em 1962. Além disso, na esteira do ressaltado por Sussekind, “as Convenções devem ser incorporadas pelo processo ordinário de internalização dos tratados internacionais; já as Recomendações não estão sujeitas a este processo. As Recomendações, devidamente aprovadas pela

Conferência Internacional do Trabalho – CIT –, devem ser adotadas. Por adoção, entende-se que são medidas legais produzidas internamente que visem a dar cumprimento às matérias consagradas nas Recomendações” (SUSSEKIND, 2000, p. 230).

- [7] A Lei n. 10.097/2000 é conhecida como a Lei do Aprendiz porque renova o instituto da aprendizagem. Antes da referida norma, já existia a obrigação da contratação de aprendizes nos estabelecimentos de qualquer natureza, definida pelo art. 429, *caput*, da CLT, mas sem as especificações trazidas pela novidade legislativa.
- [8] Atualmente, o referido decreto foi revogado. Isso porque a matéria da aprendizagem profissional restou unificada no Decreto n. 9.579, de 22 de novembro de 2018. O supracitado art. 10, § 1º, do Decreto n. 5.598/2005 corresponde ao art. 52, § 1º, do Decreto n. 9.579/2018.
- [9] O Decreto n. 8.740/2016 foi revogado; no entanto, suas disposições foram inseridas no Decreto n. 9.579/2018.
- [10] Ainda que o art. 23, *caput*, do Decreto n. 5.598/2005 (atual art. 65, *caput*, do Decreto n. 9.579/2018) já prevesse a possibilidade de a parte prática da aprendizagem ser realizada em estabelecimento distinto do da contratante, inclusive em ambiente simulado.
- [11] A assinatura do Termo de Ajuste de Conduta entre o MPT e o BRB foi divulgada no site do MPT-DF (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Atuação do MPT-DF garante 50 vagas de aprendizagem no BRB.** MPT-DF/TO, [S. l.], 9 nov. 2018. Disponível em: <https://www.prt10.mpt.mp.br/informe-se/noticias-do-mpt-df-to/1278-atuacao-do-mpt-df-garante-50-vagas-de-aprendizagem-no-brb>. Acesso em: 30 mar. 2022).
- [12] Informações extraídas dos sites: <http://www.sesipr.org.br/para-empresas/solucoes-em-responsabilidade-social/programa-viravida-1-20141-366533.shtml> e <http://www.crianca.df.gov.br/uniss>. Acesso em: 30 mar. 2022.
- [13] O termo de audiência do processo n. 0000754-69.2018.5.10.0013 está disponível no site da consulta processual do Pje – Tribunal Regional da 10ª Região.

A responsabilidade solidária definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE n. 855.178 e o fornecimento de canabidiol

Caroline Vargas Barbosa

Docente universitária. Advogada. Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Tháís Coelho Mariano

Analista do MPU/Apoio Jurídico/Direito. Assessora Jurídica na Procuradoria Regional da República da 1ª Região. Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Penal pela Universidade Anhanguera e em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: O presente artigo aborda a análise do Poder Judiciário sobre a questão do fornecimento do canabidiol. Embora a saúde seja direito constitucional a ser prestado por todos os entes estatais, ainda resta dúvida sobre como funciona, na prática, a solidariedade decidida pelo STF na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 175. A imprecisão das políticas públicas de fornecimento de medicamentos acaba por gerar incremento na procura da população pelo Poder Judiciário. Conclui-se que a inércia dos poderes políticos na efetivação de políticas públicas coloca o Judiciário como um ator político importante, julgando as ações judiciais com a finalidade de conceder os direitos de forma concreta aos que demandam o uso do canabidiol.

Palavras-chave: direito à saúde; judicialização; políticas públicas; canabidiol, Tema n. 793.

Sumário: 1 Introdução. 2 A responsabilidade solidária dos Entes Federativos na assistência à saúde e o direcionamento ao ente competente.

3 A prestação farmacêutica do SUS: o caso do fornecimento de canabidiol. 4 Ativismo judicial pela saúde: o exercício do acesso à justiça e a interpretação adequada do Tema n. 793 para viabilizar o acesso ao canabidiol. 5 Considerações finais.

1 Introdução

A regulamentação por parte da Anvisa em 2015 permitiu a importação de medicamentos à base do óleo de canabidiol como medicamento autorizado no Brasil. Isso ocorreu depois de diversas frentes de pressão, principalmente das famílias de sujeitos enfermos que necessitavam do uso desse medicamento como meio de manutenção – e sustentação – da vida. As famílias desses sujeitos, em um espaço de organização social baseado na empatia da ausência – ausência de direitos ante a enfermidade –, promoveram diálogos políticos e sociais.

O princípio da dignidade humana foi violado na dor dos pacientes que tinham o direito negado. Além da movimentação política por meio da medicina de experimentação, famílias judicializaram suas demandas para que pudessem ter acesso ao medicamento e, em alguns casos, ao plantio para extração e fabricação caseira do óleo.

O presente artigo problematiza, a partir do contexto apresentado, como se dá o acesso à saúde, no caso do canabidiol, após a regulamentação por parte da Anvisa, à luz no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 855.178 pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Por meio do método dedutivo-hipotético, buscar-se-á refletir a respeito do ativismo judicial, no caso do canabidiol, como meio de exercício da cidadania para acesso ao direito à saúde. Assim, objetiva-se discutir a responsabilidade solidária dos entes, a partir do que restou decidido pelo STF no Tema n. 793 em relação ao acesso integral à assistência à saúde, na perspectiva da universalidade do SUS, incluindo o acesso a medicamentos, para depois, apresentar o caso do uso medicamentoso do canabidiol no Brasil e a difícil discussão de como repercute a decisão da Anvisa, que é vinculativa, no nosso ordenamento jurídico, analisando o papel dos três Poderes. Por fim, apresentar-se-ão, a partir da abordagem quantitativa (2016-2020), os processos que discutiram o fornecimento de canabidiol no STJ como meio de ativismo judicial e

acesso à justiça, desde a decisão da Anvisa (2015). Pretende-se, dessa forma, demonstrar que, em uma análise dedutiva, hipoteticamente, tem-se o aumento de demandas judiciais e apresentar um esboço técnico do que se vislumbra como segurança jurídica e exercício de fortalecimento da democracia para acesso a direitos.

2 A responsabilidade solidária dos entes federativos na assistência à saúde e o direcionamento ao ente competente

Em 22 de maio de 2019, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 855.178, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência e fixou tese de repercussão geral (Tema n. 793) no sentido de que os entes federados são solidariamente responsáveis pelo dever de prestar assistência à saúde, nos seguintes termos:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. (BRASIL, 2019, p. 2).

Em sua origem, o caso envolveu o fornecimento do medicamento denominado bosentana, indicado no tratamento de hipertensão arterial pulmonar, tendo sido deferida antecipação de tutela em audiência e determinada a aquisição pelo Estado de Sergipe, com cofinanciamento da União no percentual de cinquenta por cento.

Com o óbito da parte autora, cessou a obrigação de fornecimento do medicamento, mas interpôs a União recurso extraordinário sob a alegação de que seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da mencionada demanda e, portanto, não haveria obrigação de ressarcimento do custeio do medicamento ao Estado.

O STF reputou constitucional a questão, reconheceu a repercussão geral e, no mérito, reafirmou sua jurisprudência sobre a matéria, assentando que pode figurar no polo passivo qualquer um dos entes federativos, de forma conjunta ou isolada.

Irresignada, a União opôs embargos de declaração objetivando, em breve síntese, que a questão fosse submetida ao Plenário presencial, para que assim fosse ampliado o debate sobre suas particularidades, especialmente ao se considerar uma suposta divergência de entendimento no âmbito da Corte. Além disso, defendeu que alguns aspectos importantes também não foram considerados quando da formação dos precedentes que deram ensejo à jurisprudência que estava sendo, então, confirmada.

Por maioria de votos, os ministros acompanharam a divergência suscitada pelo ministro Edson Fachin e rejeitaram os embargos, reafirmando a existência de solidariedade passiva entre os entes federativos. Propôs-se, na ocasião, uma explicitação do sentido e do alcance da tese da responsabilidade solidária, estabelecida na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 (STA n. 175), com aprimoramento do precedente, para se evitar distorções em sua aplicação e permitir uma racionalização e maior nível de eficiência (BRASIL, 2019, p. 42-52).

É esse o ponto que merece uma maior reflexão.

Na doutrina civilista, o fenômeno da solidariedade não encontra grandes controvérsias científicas, permitindo a forma passiva – que é a que interessa à nossa análise –, em que o credor exige ou recebe a integralidade da prestação de qualquer um dos devedores, consoante previsão do art. 275^[1] do Código Civil.

Nesse sentido, o devedor não pode invocar o *beneficium divisionis* e, assim, pretender pagar só a sua quota ou pedir que sejam convencidos os coobrigados, uma vez que cada devedor está obrigado como se tivesse contraído sozinho o débito (GONÇALVES, 2017, p. 172-173).

Trata-se, de forma indene de dúvidas, de um meio muito eficiente de garantia e que facilita o adimplemento, já que todos os devedores estariam em pé de igualdade (VENOSA, 2017, p. 113-117).

No entanto, o ministro Edson Fachin, no voto que foi o condutor do julgamento, trouxe uma compreensão um pouco diversa da solidariedade quando do atendimento de demandas prestacionais de saúde, ao afastar a acepção puramente civilista. Sua posição está bem clara no trecho a seguir:

A rigor, é um explicitador da solidariedade reconhecida na STA 175 formatá-la apenas sob o instituto privado de Direito Civil, acarretando, inexoravelmente, superposição (ou ausência) de atuação de esferas federativas e ineficiência no cumprimento das decisões envolvendo essas prestações. A solidariedade de índole constitucional tem abrangência, natureza e regime integralmente diversos. (BRASIL, 2019, p. 62).

Em sua fundamentação, apesar de afirmar que não pretende conferir efeitos modificativos às conclusões estabelecidas na STA N. 175 sobre o tema, defende a necessidade de delimitar seu alcance e seus desdobramentos, de forma a garantir que não sejam desrespeitados os critérios constitucionais preestabelecidos de prestações sanitárias de cada ente (BRASIL, 2019, p. 55-59).

Assim, verifica-se que há, por meio de uma construção jurisprudencial, uma diferenciação de institutos jurídicos: de um lado, a solidariedade civil e, de outro, uma espécie de solidariedade que denominaremos de "constitucional".

Ressaltou o ministro, em diversos trechos, que a solidariedade constitucional deve ser entendida como o dever de os entes federativos organizarem o Sistema Único de Saúde e não "se esquivarem das tarefas que lhes são atribuídas pela Constituição, pela lei e pelas normas e acordos realizados pelos gestores do SUS" (BRASIL, 2019, p. 59).

Isto é, a partir do voto do ministro, a solidariedade constitucional é vista como um dever de não omissão e de colaboração, embora não implique, necessariamente, atribuição de legitimidade passiva a todos os entes federativos em ações envolvendo prestações à saúde, sob pena de ser violada a gestão tripartida do SUS, determinada pela Carta Constitucional.

Haveria, assim, que ser respeitada a divisão de atribuições feitas pela Constituição, pela lei, bem como pelas normas e acordos realizados pelos gestores do SUS, obrigando-se cada ente à obtenção daquilo a que se propôs (BRASIL, 2019, p. 59).

Contudo, a compreensão ou definição sobre as regras de repartição de competências, especialmente as de caráter infraconstitucional,

nem sempre é tão simples como se sugere, como será analisado no próximo tópico.

Além disso, identifica-se um segundo problema para a efetivação do direito fundamental à saúde quando o STF determina o direcionamento do cumprimento da obrigação ao ente responsável, bem como o ressarcimento àquele que tiver suportado o ônus financeiro.

O ministro, em seu voto, assim enuncia:

iv) Se o ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação principal não compuser o polo passivo da relação jurídico-processual, compete a autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento; [...]. (BRASIL, 2019, p. 76-77).

Ocorre que a tese fixada não indica com clareza a forma como esse direcionamento deveria ser feito, se com a correção do polo passivo de ofício pelo juízo ou a intimação da parte para fazê-lo, gerando, em ambos os casos, um tumulto processual, em detrimento da celeridade que a concretização do direito à saúde demanda. Ainda, não resta esclarecido se o ressarcimento do ente que arcou com o ônus financeiro de atendimento da ordem judicial deve ser determinado nos mesmos autos, sem participação do ente supostamente responsável pela obrigação e sem observância do contraditório e do devido processo legal, ou, ainda, em ação autônoma, a ser proposta em momento posterior.

3 A prestação farmacêutica do SUS: o caso do fornecimento de canabidiol

Não há como imaginar o acesso à saúde integral sem a disposição de medicamentos farmacêuticos. Por isso, a prestação farmacêutica do Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos braços dos direitos fundamentais, e isso rompe a perspectiva de garantias individuais para projetar valores básicos da sociedade democrática para o ordenamento jurídico (MENDES; COELHO; GONET, 2008, p. 266). Assim, são os direitos fundamentais e os princípios que sustentam um núcleo normativo que estrutura todo o ordenamento jurídico e a vida em sociedade e com o Estado.

O acesso à saúde, portanto, é entrelaçado à dignidade humana e ao amplo exercício da igualdade. O Estado passa a ser garantidor, de maneira positiva ou não, das condições mínimas aos direitos humanos e à dignidade da pessoa. Ainda, quando se pensa em Estado Democrático de Direito, há de se garantir o exercício amplo da cidadania (ROCHA, 1999). É razoável crer que a dinâmica democrática fica com saldo negativo nesse caso: enquanto os sujeitos perdem direitos quando não respeitados os direitos fundamentais, o Estado fragiliza a sua democracia, representatividade e fortalecimento.

No entanto, a teoria do Direito e o estudo constitucional demonstram que a Constituição Federal de 1988 é programática. Um programa a ser cumprido sem prazo de conclusão. Compreendemos que talvez a intenção do constituinte tivesse sido a ideia de que a democracia, para ser fortalecida e real, precisa ser ventilada, mantida e construída sempre que novos fatos sociais impuserem o ajuste do ordenamento jurídico para garantir a justiça, a liberdade e a igualdade a todos os cidadãos, de maneira ampla e eficaz.

Ocorre que a assistência farmacêutica, como direito fundamental que é, não pode ser uma projeção inalcançável. O direito deve alcançar, sempre, os seus sujeitos. E somente se terá acesso integral e sistemático a direitos fundamentais quando houver um trabalho conjunto, solidário, empático e com alteridade do Executivo e do Legislativo federais, estaduais, municipais e distritais e do Judiciário, com a concepção ampla de justiça social (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

Ainda, há uma vertente que aborda o direito à saúde como um direito de defesa intrínseco contra a interferência por parte do Estado e de terceiros na saúde do sujeito e, de igual forma, impõe ao Estado que as políticas públicas efetivem os direitos num sentido de universalização de direitos sociais, como previsto na CF/1988 e nos princípios norteadores, como o da dignidade humana (SARLET, 2007).

A promulgação da Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde é um exemplo dessa universalização (CIARLINI, 2008). Ocorre que há uma disputa de valor moral individual e outra coletiva e, assim, diversas interpretações, das kantianas às utilitaristas. Há uma (re)fundação do marco civilizatório em tempos pós-modernos. De um lado, temos os interesses individuais carregados de valores e um sistema moral

que é resposta do contexto social e da politização. De outro, um bem comum, coletivo, que é necessário para a manutenção, enquanto sociedade, de diversas diferenças – e desigualdades. É necessário encontrar a intersecção do que nos faz construir esse marco civilizatório repleto de alteridade, ciência e liberdade (SANDEL, 2020). Qual o bem comum no caso do uso do canabidiol em medicamentos?

No Brasil, o uso de substância como medicamento, além de dever ser registrado, precisa ser aprovado em testes que demonstrem a capacidade clínica. O uso do canabidiol como medicamento é objeto de milhares de pesquisas científicas no âmbito da saúde, aceitas na comunidade científica (CFM, 2014). Desde 1998, a Anvisa era responsável pelo controle especial de substâncias por meio da Portaria n. 344/1998 do Ministério da Saúde, a qual menciona, em seu art. 61, as listas “E” – plantas que podem originar substâncias entorpecentes e (ou) psicotrópicas – e “F” – substâncias de uso proscrito no Brasil –, e o canabidiol constava nas duas listagens até 2015^[2] (ANVISA, 2015). Foi em maio de 2015 que a Anvisa, por meio da Resolução de Diretoria Colegiada (RDC)^[3] n. 17, indicou o uso do canabidiol como substância controlada (Lista “C1” do Anexo I da Portaria SVS/MS n. 344/1998),^[4] ainda que não haja registro dessa substância como medicamento,^[5] conforme exigido em legislações anteriores (BRASIL 1976; 1999; 2013).

Com a reclassificação, o bem comum, abordado anteriormente, passa a ter a seguinte contextualização: de um lado, os sujeitos que já judicializam suas demandas para que o SUS forneça os medicamentos, uma vez que autorizado pela Anvisa; de outro, os que judicializam o direito do autocultivo^[6] por questões de economia, diante dos altos custos financeiros e burocráticos para a importação.^[7] E abre-se um terceiro lado: o dos sujeitos negacionistas da ciência, que vinculam valores morais ao cultivo em território nacional da maconha (matéria-prima do canabidiol).^[8] Percebe-se em cada qual uma verdade e uma visão social, econômica e política, cabendo ao Estado, na mediação dos três Poderes, a adequação do valor moral social a fim de garantir o bem comum.

Superados os aspectos de registro e regulação pela Anvisa, para que haja utilização no âmbito do Sistema Único de Saúde, os produtos derivados ou à base do canabidiol devem integrar a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), criada desde a Política Nacional de Medicamentos (BRASIL, 1998a). Em 2011, os medicamentos a

serem disponibilizados pelo SUS foram submetidos à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS – Conitec (BRASIL, 2011). A Política Nacional de Medicamentos é “o documento oficial que expressa um compromisso do governo com a promoção do uso racional e o acesso da maioria da população a medicamentos essenciais de qualidade assegurada e de eficácia e segurança comprovadas” (BERMUDEZ; OLIVEIRA; LUIZA, 2014, p. 668).

Como se vê, os documentos são anteriores à decisão da Anvisa, mas se pressupõe a necessidade de revisões periódicas para a inclusão de novos produtos e tecnologias, com novos critérios de prioridade baseados em evidências científicas sobre os seus resultados terapêuticos (BUCCI, 2017).

Aqui se evidencia outro problema jurídico, a omissão legislativa. É preciso revisitar os documentos positivados, a política de repressão de drogas e o uso do canabidiol como medicamento, a serem abordados especificamente neste artigo.^[9] A omissão do Legislativo com a positivação acerca da discussão traz insegurança jurídica, numa falsa percepção de garantia pela aplicação da legislação positiva, o que evidencia um sério problema com a representação política brasileira.

Ainda temos o papel do Executivo no caso do canabidiol. O Executivo tem papel imediato nas políticas públicas para garantia de direitos fundamentais e, neste caso, principalmente os atinentes à universalização e integral acesso à saúde. Como abordado anteriormente, as agências reguladoras têm papel discricionário, que independe de papéis políticos. São dotadas de autonomia, ao menos em tese. O Executivo não deve interferir negativamente nas agências a fim de controlar as informações ou desprezar a ciência. E nem cabe à Anvisa algo além de regular o uso de substâncias e medicamentos:

É que se couber às agências a determinação integral das políticas públicas do setor regulado, pouco restará ao Chefe do Executivo em termos de competência decisória, valendo lembrar que é ele quem detém a legitimidade democrática, recebida nas eleições, para exercer a função administrativa. (BARROSO, 2003).

Veja-se o déficit do nosso ordenamento jurídico refletido pelas esferas de poder. O Legislativo não dispõe sobre a questão. As agências reguladoras, diante de suas prerrogativas, dispõem em caráter decisório e

com normativas vinculantes. O Executivo não realiza políticas públicas e dificulta o acesso à saúde. Os sujeitos, por sua vez, descobrem, ante a necessidade, o poder da participação social no espaço democrático para avanço e concretização de direitos. O principal obstáculo refere-se ao princípio da legalidade para efetivação das normativas da Anvisa, a qual se dá tanto pela via do *civil law* quanto pela implementação de políticas públicas:

A dificuldade está em que, embora em alguns casos seja possível dizer que a lei apenas atribui um espaço discricionário amplo aos agentes administrativos, em outros há verdadeira delegação de funções do Legislativo para a agência, transferindo-se quase inteiramente a competência para disciplinar determinadas questões. O problema aqui, naturalmente, é o confronto dessas disposições com o princípio da legalidade, que, embora passe por ampla reformulação, continua a funcionar como uma das mais importantes garantias individuais, nos termos do art. 5º, II, da Constituição. É verdade que a doutrina tem construído em torno do tradicional princípio da legalidade uma teorização mais sofisticada, capaz de adaptá-lo à nova distribuição de espaços de atuação entre os três Poderes [...]. (BARROSO, 2003).

É nesse contexto que o Judiciário tem atuado. O déficit representativo caracterizado pela omissão do Legislativo, pela falta de atuação do Executivo e, por fim, pelo desencontro entre as normativas da Anvisa, obstando o acesso a medicamentos pelo SUS ante a questão de (i) legalidade, fazem com que o sujeito busque a via judiciária para ter acesso aos seus direitos, à justiça. Isso porque

[o] desinteresse pela prática política contribui, no Brasil, para uma aproximação maior da população ao Poder Judiciário, o qual passou a desempenhar um papel de controle de políticas públicas e de efetivação dos direitos fundamentais, em face da omissão dos representantes. (BONAT; PEIXOTO, 2016).

4 Ativismo judicial pela saúde: o exercício do acesso à justiça e a interpretação adequada do Tema n. 793 para viabilizar o acesso ao canabidiol

Identificadas as omissões por parte dos três Poderes já enfrentadas no texto, evidencia-se uma série de obstáculos que já são e ainda serão

enfrentados pelas pessoas que necessitam de medicamentos à base do canabidiol, tudo na tentativa de se obter uma assistência farmacêutica integral, nos moldes garantidos pela Constituição.

A primeira questão que se coloca é que, apesar do registro sanitário da Anvisa, a distribuição gratuita da substância não foi regulamentada, de modo que, diante da urgência de determinado paciente, só lhe restará judicializar a questão para obter o tratamento adequado à sua saúde e bem-estar.

Sem o direito positivado no âmbito regulatório, a distribuição gratuita não pode ser considerada uma realidade. Embora haja avanços, esbarra-se em entraves políticos, como resolução do Conselho Federal de Medicina (2022) e massiva judicialização.

Percebe-se um ativismo do Poder Legislativo ante a competência concorrente na esfera da saúde e omissão regulatória federal. Assim, há assembleias legislativas, como a Distrital (2020) ou a do Mato Grosso (2022), que possuem uma política de fornecimento gratuito de medicamentos produzidos à base de substâncias canabinóides pelo Sistema Único de Saúde. Em âmbito municipal, há a de Goiânia (2021), que possui um programa municipal de uso da cannabis para fins medicinais e distribuição gratuita de medicamentos prescritos à base da planta inteira ou isolada, que contenham em sua fórmula as substâncias canabidiol (CBD) e (ou) tetrahydrocannabinol (THC), nas unidades de saúde pública municipal e privada ou conveniada ao Sistema Único de Saúde.

A partir de uma análise do que restou estabelecido no Tema n. 793, especialmente no voto do ministro Fachin, que reafirma a solidariedade, mas nega a necessária atribuição de legitimidade a todos os entes federativos nas ações que envolvem prestações de saúde, identifica-se um novo problema: em face de qual(is) ente(s) federativo(s) deve ser ajuizada a ação?

Embora a Lei n. 8.080/1990 traga, em seu art. 14-A, entre as atribuições das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite, a decisão e a definição de diretrizes sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, não se identifica, pelo menos até o presente momento, nenhuma norma que mencione o canabidiol.

Pode-se dizer que, embora não se desconheça que determinados serviços devam ser prestados de forma regionalizada e hierarquizada, dentro das regras da organização político-administrativa do SUS, há uma omissão normativa que pode inviabilizar ainda mais o acesso da população ao medicamento. Usualmente, a praxe processual mostra que os entes federativos tentam se desonerar de conceder o que foi garantido ao cidadão pela Constituição Federal com base em argumentos que envolvem entraves financeiros, de gestão e carência de regulamentação.

E mais, optando o paciente por ajuizar a demanda em face de um determinado ente federativo, é impensável se falar também na possibilidade de um direcionamento do cumprimento da obrigação, consoante se extrai das razões do voto do ministro relator, ao considerar que inexistente indicação expressa do ente competente pelo atendimento.

A única solução aceitável é se admitir a solidariedade ampla e restrita, nos moldes definidos na Constituição Federal, pois limites orçamentários, ausência de normatização e outros argumentos não podem prevalecer sobre o direito à saúde e à vida. Nesse ponto, acesso à justiça e acesso à saúde se confundem e complementam:

O acesso à justiça pressupõe [...] o conhecimento dos direitos. [...] Em primeiro lugar, o esclarecimento de quais são os direitos fundamentais que o indivíduo e a sociedade possuem e quais os instrumentos adequados para a sua reivindicação e efetivação. Em segundo lugar, devem criar uma mentalidade de busca dos direitos, de educação para a cidadania. (RODRIGUES, 1994, p. 37-38).

A judicialização de pleitos referentes ao direito à saúde, portanto, é legítima e necessária diante da marginalidade ocasionada pelo Estado que se olvida de sujeitos em diferentes aspectos, como a normatização para segurança jurídica e o amplo acesso a políticas públicas. Ocorre que a interpretação de um direito das minorias com aplicação objetiva da Constituição Federal fica a cargo das cortes superiores do nosso sistema jurídico (MARTINS; MITUZANI, 2011).

Uma vez que a agência reguladora viabiliza o uso do medicamento à base de canabidiol, todos aqueles que tiverem a necessidade médica do seu uso devem ser amparados pelo Estado e pelo Direito por uma questão de justiça. A reserva do possível^[10] tem sido usada para

ponderar a disponibilidade de recursos financeiros suficientes a fim de fazer frente aos direitos fundamentais, sobretudo de caráter social. Essa modulação, todavia, deve ser afastada quando da delimitação do núcleo essencial do direito fundamental, encarado como um núcleo normativo que compreende um mínimo existencial, sem o qual caracterizada estaria flagrante violação dos direitos fundamentais e de valores constitucionais (BARROSO, 2009).

Se o Sistema Único de Saúde não consegue fornecer o medicamento ante a impossibilidade jurídica ainda nos trâmites da importação, ao cidadão resta exercer seu direito por meio da judicialização para que seja viabilizado seu acesso ao medicamento. No período 2015-2020, tivemos 21 demandas acerca do fornecimento do canabidiol pelo Estado no STJ, algumas com fixação de astreintes.^[11] Em todas as demandas em que comprovadas a necessidade do uso e a falta de recursos para a compra, houve o deferimento da Corte e a determinação para fornecimento pelo Estado. Perceber o Tema n. 793 e o seu reflexo quando se dialoga acerca do canabidiol é antecipar a propensão jurídica que decorrerá do ativismo judicial.

As determinações judiciais que impõem prestações positivas ao Estado impedem a possibilidade de planejamento financeiro público e a capacidade organizacional de qualquer governo. A alocação das verbas passa a ser determinada de forma pontual pelo Poder Judiciário, por meio de decisões individualizadas ou coletivas, e não de forma global, como só pode ser feito por meio de normas – leis, decretos, portarias e outros atos similares que compõem aquilo que se convencionou chamar de política pública, que não se esgota em um único ato normativo, mas se configura na disposição organizada e coordenada de um conjunto deles (SCAFF, 2008).

A questão da judicialização do direito à assistência farmacológica é um dos temas mais tormentosos nas discussões acerca dos direitos sociais e impacta as finanças do Estado. A demora do Legislativo e do Executivo em enfrentar o tema do uso do canabidiol como medicamento ocasionará o aumento expressivo de destinação orçamentária para a importação desses medicamentos. E, muito provavelmente, não somente pela compra do medicamento, mas também pelas astreintes fixadas em caso de mora da obrigação de fazer. Sendo os três entes responsáveis

solidariamente pelo fornecimento, conforme demonstrado no Tema n. 793, estamos trabalhando com dotações orçamentárias federais, estaduais e municipais, o que de fato oneraria os cofres públicos. Esvazia-se e ressignifica-se o conceito da lei quando se fala tanto da venda do canabidiol no Brasil quanto das dotações orçamentárias dos entes. No entanto, aproxima-se da segurança jurídica e da igualdade pela eficácia de direitos fundamentais e justiça (SCAFF, 2008).

5 Considerações finais

Em nosso ordenamento jurídico, desde a Constituição Federal de 1988, que dispôs sobre o princípio da função social da propriedade, até a nossa política de repressão de drogas, com a publicação da Lei n. 11.343/2006, temos como valor moral coletivo, a par da construção principiológica constitucional, o combate integral a qualquer psicotrópico. Contudo, em mais um capítulo de nosso espaço democrático em construção, é preciso revisitar os termos e repensar que a mesma droga psicotrópica tem em sua concentração um princípio ativo que é matéria-prima para o fim da dor e da angústia de muitos sujeitos de direito neste País. Nesse sentido, foi uma grande vitória a decisão da Anvisa, que autorizou a comercialização de fármacos que contenham o canabidiol.

No entanto, a efetivação do direito à saúde integral enfrenta ainda diversos entraves burocráticos e orçamentários, problema este já verificado no caso do canabidiol que, até o momento, não conta com distribuição gratuita.

Assim, ao se discutir o acesso à saúde, temos que reforçar a responsabilidade solidária de todos os entes, determinada constitucionalmente, e, especificamente para acesso aos medicamentos, afastar todo o embaraço normativo e de graus de eficácia das normas e diretrizes que impedem a concretização de direitos fundamentais. O caso em estudo dedutivo-hipotético que apresentamos, o uso medicamentoso do canabidiol, traz uma projeção de demandas judiciais, talvez ativismos, o que gera uma preocupação com a adequada interpretação do Tema n. 793 do STF, de modo que este precedente não exerça uma influência negativa em decisões posteriores.

Existindo um mandamento constitucional que garante o direito amplo e irrestrito à saúde, deve-se priorizar sempre uma ampliação desse direito, ainda que por determinação judicial.

Nessa perspectiva, ao afastar a solidariedade puramente civilista, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema n. 793, deixa uma zona imprecisa, turva sobre a responsabilidade dos entes federativos no atendimento de demandas que envolvem prestações na área da saúde.

A despeito do que restou decidido no teor do voto do ministro relator, a solidariedade, ao menos nos casos em que não está clara a sistematização regional e a distribuição interna de competência, deve ser considerada ampla e irrestrita, de modo que a existência de uma rede hierarquizada no âmbito do SUS não seja usada como salvo-conduto para impedir a realização de direitos fundamentais e a concretização de políticas públicas.

Referências

ANVISA. Diretoria Colegiada. **Resolução-RDC n. 3, de 26 de janeiro de 2015**. Dispõe sobre a atualização do Anexo I, Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e outras sob Controle Especial, da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998 e dá outras providências. Brasília, 2015. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=53&data=28/01/2015>. Acesso em: 20 dez. 2020.

ANVISA. Diretoria Colegiada. **Resolução-RDC n. 17, de 16 de abril de 2010**. Dispõe sobre as boas práticas de fabricação de medicamentos. Brasília, 2010. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2010/res0017_16_04_2010.html. Acesso em: 20 dez. 2020.

BARROSO. Luís Roberto. Agências reguladoras. **Migalhas**, São Paulo, 2003. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/1007/agencias-reguladoras>. Acesso em: 15 dez. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, ano 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

BERMUDEZ, J. Z.; OLIVEIRA, M. A.; LUIZA, V. L. Assistência Farmacêutica. In: GIOVANELLA, L. et al. (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2014. p. 657-685.

BONAT, Debora; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. O incremento da cidadania através do reforço da participação popular e a crescente judicialização da política. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 112, p. 109-146, jan./jun. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 399/2015**. Altera o art. 2º da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, para viabilizar a comercialização de medicamentos que contenham extratos, substratos ou partes da planta *Cannabis sativa* em sua formulação. Deputado Fábio Mitidieri – PSD/SE. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=947642>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 8.077, de 14 de agosto de 2013**. Regulamenta as condições para o funcionamento de empresas sujeitas ao licenciamento sanitário, e o registro, controle e monitoramento, no âmbito da vigilância sanitária, dos produtos de que trata a Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8077.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976**. Dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências. Brasília, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011.** Altera a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998.** Aprova o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Brasília, 1998a. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998.** Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Brasília, 1998b. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema n. 793:** Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Leading case: RE n. 855.178. Relator: Min. Luiz Fux, 23 de maio de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 15 dez. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo.** São Paulo: Saraiva, 2017.

CFM (Conselho Federal de Medicina). **Resolução CFM n. 2.113/2014.** Disponível em: <http://www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/download/702/686>. Acesso em: 13 jan. 2020.

CIARLINI, Alvaro Luis Araujo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição:** para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. 2008. 288 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; MITUZANI, Larissa. Direito das minorias interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 63, p. 319-352, 2011.

MELO, Leandro Arantes de; SANTOS, Alethele de Oliveira. O uso do canabidiol no Brasil e o posicionamento do órgão regulador. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 43-55, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v5i2.231>. Acesso em: 20 dez. 2020.

OLIVEIRA; Elton Henrique Alves de et al. Mapeamento tecnológico do canabidiol (CBD) para finalidades farmacêuticas no Brasil. **Cadernos de Prospecção**, Salvador, v. 11, n. 3, p. 900-909, set. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/27098>. Acesso em: 2 ago. 2022.

OLIVEIRA, Monique Batista. A regulamentação do canabidiol no Brasil: como nasce a expertise leiga. **Liinc em Revista**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 190-204, 6 jun. 2017.

PEDUZZI, Pedro. Registro do canabidiol é questão de bom senso, diz diretor da Anvisa. **Agência Brasil**, Brasília, 23 out. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2019-10/registro-do-canabidiol-e-questao-de-bom-senso-diz-diretor-da-anvisa>. Acesso em: 10 jan. 2021.

ROCHA, Julio César de Sá. **Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: LTr, 1999.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?** Tradução de Bhuvan Libanio. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, p. 1-17, set./nov. 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.).

Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 2.

Notas

- [1] “Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.”

- [2] Em 2014, o caso de Anny Fischer ficou conhecido no Brasil, e foi só o começo de uma rede de famílias que faziam uso terapêutico do canabidiol. Deu-se espaço à medicina de evidências aliada à técnica científica. E a essas famílias, o papel de uma expertise leiga, em que tiveram que aprender a pressionar e articular politicamente e na linguagem das instituições. Foi nesse exercício de cidadania que o grupo criou autonomia e identidade (OLIVEIRA, 2017). Os movimentos sociais, as famílias organizadas, as solicitações administrativas, os pleitos e decisões judiciais e a posição do CFM contribuíram para o processo de alteração do órgão regulador.
- [3] Ato administrativo próprio da Anvisa.
- [4] Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=08/05/2015&jornal=1&pagina=50&totalArquivos=332>. Acesso em: 11 ago. 2022.
- [5] O processo de patente passa por diversos entraves no Brasil. Em 2018, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) tinha registro de pedido de patente do canabidiol. Eram 13, sendo dois posteriores à resolução da Anvisa. Ainda havia mais quatro com o nome CBD, todos anteriores à decisão da Anvisa. As agências reguladoras no Brasil possuem autonomia, fato que foi primordialmente discutido para garantir o uso da ciência independentemente dos posicionamentos políticos. Ocorre que ainda há diversas críticas quanto à administração pública e aos procedimentos administrativos dessas agências, caracterizados, muitas vezes, pela mora, embora representem o futuro da ciência no Brasil (OLIVEIRA; SORGATO; SILVA *et al.*, 2018).
- [6] A RDC n. 17 – Anvisa, que dispõe sobre as boas práticas de fabricação de medicamentos, prevê os procedimentos para a importação do canabidiol associado a outras substâncias da *cannabis sp.* por pessoa física, com renovação do cadastro de maneira anual e apresentação de nova prescrição médica e, ainda, laudo médico com evolução do paciente.
- [7] “Até dezembro de 2014, a Anvisa havia recebido 297 pedidos de importação do CBD, dos quais autorizou 238 solicitações, 17 aguardavam cumprimento

de exigências pelos interessados e 34 estavam sob análise técnica.” (MELO; SANTOS, 2016).

- [8] Isso ante a previsão constitucional da função social da propriedade e plantio de entorpecentes. Ocorre que, embora o cultivo seja da matéria-prima, o uso do princípio ativo canabidiol para medicamentos, além de comprovado cientificamente, constitui um aspecto importante para o setor econômico. O fortalecimento da produção interna iria baratear o custeio (hoje o canabidiol é obtido exclusivamente por importação), além de democratizar o acesso ao produto diante da indústria farmacêutica e da política de repressão a drogas recreativas (Lei de Drogas – n. 11.343/2006, art. 2º). Há também a questão de saúde pública que permeia a discussão (BRASIL, 2006; PEDUZZI, 2019).
- [9] É verdade que há o Projeto de Lei n. 399/2015 do deputado Fábio Mitidieri – PSD/SE – que altera o art. 2º da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, para viabilizar a comercialização de medicamentos que contenham extratos, substratos ou partes da planta *Cannabis sativa* em sua formulação, ainda em processo de discussão atualmente (março de 2020), com inclusões de convidados para audiência pública.
- [10] Reserva do possível refere-se à limitação estatal para efetivação de direitos fundamentais e sociais individuais em prol da coletividade (BARROSO, 2009).
- [11] A pesquisa, de abordagem quantitativa, se deu pela busca livre de jurisprudências do sítio eletrônico do STJ. As palavras-chave utilizadas foram *canabidiol* e *fornecimento*. No critério *data da publicação*, os anos foram restritos a 2016-2020. Foram somados acórdãos e decisões monocráticas. O quantitativo resultante foi analisado para apuração do resultado do algoritmo com descrição exata da temática proposta pelo presente artigo. Somente os que atenderam aos critérios de apuração de fornecimento conforme o Tema 793 foram somados aos dados quantitativos finais apresentados. Assim, foram verificados nos resultados quantitativos os critérios de indicação médica, laudo, negativa anterior do Estado. Ainda, foram identificados sete casos (um em acórdão e seis em decisões monocráticas) de aplicação de astreintes.

O princípio da legalidade penal na União Europeia e o limite do efeito direto do artigo 325º do Tratado de Funcionamento da União Europeia

Celso Costa Lima Verde Leal

Procurador da República. Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Amapá. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília.

Resumo: O artigo fornece uma visão geral do princípio da legalidade penal na União Europeia e como este impõe limite ao direito penal europeu, especificamente sobre o efeito direto do artigo 325º do Tratado de Funcionamento da União Europeia no direito penal nacional dos Estados-Membros. Será dada especial atenção aos requisitos de acessibilidade e previsibilidade inerentes ao princípio da legalidade penal europeu, conforme decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso M.A.S. e M.B.

Palavras-chave: princípio da legalidade penal; União Europeia.

Sumário: 1 Introdução. 2 A saga Taricco. 2.1 Acórdão Taricco. 2.2 Acórdão M.A.S. e M.B. 3 A proteção dos interesses financeiros da União Europeia. 3.1 Meios de proteção. 3.2 Efeito direto do artigo 325º do TFUE. 4 O princípio da legalidade europeu. 4.1 Dupla tipicidade. 4.2 Clareza da norma e impossibilidade de interpretação extensiva. 4.3 Irretroatividade de interpretação desfavorável ao arguido. 4.4 Discricionariedade da pena. 4.5 Acessibilidade e previsibilidade. 4.6 Considerações sobre o princípio da legalidade penal europeu. 5 O efeito direto do artigo 325º do TFUE e seu limite no princípio da legalidade penal europeu. 6 Exigências de acessibilidade e de previsibilidade. 7 Considerações finais.

1 Introdução

A União Europeia (UE), enquanto instituição político-administrativa, necessita de recursos para manter sua estrutura burocrática, mas,

como não pode criar e cobrar tributos diretamente, é financiada pelos Estados-Membros (EMs) que a integram, incluindo por parte de seus tributos. Assim, a proteção dos interesses financeiros da União Europeia (IFUE) impõe obrigações aos EMs que repercutem sobre os seus próprios interesses financeiros.

Ciente da importância da tutela dos IFUE, o Tribunal de Justiça, desde o caso do milho grego, vem desenvolvendo, por meio de sua jurisprudência, uma doutrina voltada à proteção dos IFUE, inclusive por meio do direito penal, fomentando a atuação do legislador europeu.

Atualmente, a principal norma de proteção dos IFUE é o artigo 325º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), que impõe aos EMs o dever de combater as atividades ilícitas lesivas aos IFUE através de medidas dissuasivas e efetivas que, em caso de fraude grave, devem prever penas privativas de liberdade. Trata-se de uma obrigação de resultado, não subordinada a nenhuma condição.

Por meio do acórdão Taricco, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) reconheceu que o artigo 325º do TFUE tem efeito direto sobre o direito penal dos EMs (na aplicação do Direito Penal europeu) e impõe ao órgão jurisdicional nacional não aplicar, se necessário, as disposições de direito nacional que impeçam a aplicação de sanções efetivas e dissuasoras num número considerável dos casos de fraude grave lesiva aos IFUE ou caso preveja prazos de prescrição mais longos para as fraudes dos próprios interesses financeiros. Após provocação do Tribunal Constitucional Italiano (TCI), o TJUE, no acórdão M.A.S. e M.B., confirmou os fundamentos acima, reafirmando as obrigações decorrentes do acórdão Taricco, salvo se sua aplicação violar o princípio da legalidade dos crimes e das penas europeu (doravante, princípio da legalidade penal europeu).

Nesse sentido, para o TJUE, o limite do efeito direto do artigo 325º do TFUE sobre o direito penal nacional é o princípio da legalidade penal europeu, especialmente nas exigências de previsibilidade e acessibilidade. Porém, o princípio da legalidade penal europeu ainda carece de um melhor desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, o que dificulta definir de que forma atua sua proteção diante do direito penal europeu e do efeito direto do artigo 325º do TFUE.

Assim, o presente estudo pretende, analisando a jurisprudência do TJUE, identificar as principais exigências do princípio da legalidade penal europeu e de que forma atuam como um limite ao efeito direto do artigo 325º do TFUE. Para isso, será feita uma breve análise das principais questões dos acórdãos Taricco e M.A.S. e M.B. Na sequência, abordaremos a proteção dos IFUE, com ênfase no efeito direto do artigo 325º do TFUE. Em seguida, buscar-se-á, na jurisprudência do TJUE, identificar as características e as exigências impostas pelo princípio da legalidade penal europeu para, por fim, tentar definir de que forma atuam como um limite ao efeito direto do artigo 325º do TFUE no direito penal dos EMs na aplicação do direito penal europeu.

2 A saga Taricco

A doutrina do efeito direto do direito comunitário sobre o direito nacional há tempo faz parte da jurisprudência do TJUE. Entretanto, até o acórdão Taricco, em direito penal, sua invocação somente era admitida para fins de beneficiar a situação do arguido. Nesse contexto, as consequências do citado acórdão, mesmo após as ponderações feitas no acórdão M.A.S. e M.B., foram inovadoras para o presente tema, o que justifica uma breve análise dos acórdãos.

2.1 Acórdão Taricco

No caso Taricco, os arguidos estavam sendo processados por associação criminosa e fraude para sonegação do imposto sobre o valor acrescentado (IVA), tributo que financia a UE. Durante o processo, o órgão jurisdicional de reenvio, antevendo que os crimes prescreveriam antes do julgamento por consequência de regra italiana que somente autoriza a interrupção do prazo prescricional por no máximo um quarto do prazo original, apresentou reenvio prejudicial que, em resumo, questionava se essa regra de prescrição era contrária ao direito da UE por impedir a responsabilização nesse tipo de crime.

Em suas conclusões, a advogada-geral (AG) Kokott apontou que o ponto central da questão era definir se o direito da UE impõe aos tribunais nacionais a não aplicação de disposição de direito interno sobre prescrição de crimes, para garantir uma efetiva punição dos

crimes fiscais lesivos aos IFUE. Ela argumentou que, apesar de os limites impostos pelos princípios gerais do direito impedirem uma interpretação *contra legem* do direito nacional, se não for possível chegar a um resultado conforme o direito da UE e garantir sua eficácia, estará autorizada a autoridade judicial nacional a não aplicar disposição contrária da legislação nacional, mesmo posterior. A AG ponderou que esse entendimento não conflita com o princípio da legalidade, por ser prazo prescricional matéria processual e porque a regra italiana é incompatível com os preceitos do direito da União, logo não deve ser aplicada pelos órgãos jurisdicionais nacionais.

No julgamento do caso, o TJUE enfatizou que o artigo 325º do TFUE obriga os EMs a combater as atividades ilícitas lesivas aos IFUE através de medidas dissuasivas e efetivas, mas que, apesar da liberdade de escolha das sanções, em caso de fraude grave, devem prever penas privativas de liberdade, tratando-se de uma obrigação de resultado imposta pelo direito primário da UE, não subordinada a nenhuma condição e tendo efeito sobre o direito nacional por força do princípio do primado do direito da União. Assim, a não aplicação da disposição nacional em causa não viola o princípio da legalidade, já que apenas ampliará o prazo prescricional, não resultando em condenação por uma ação ou omissão que, no momento da sua prática, não constituía uma infração punida penalmente pelo direito nacional nem uma aplicação de uma sanção que não estava prevista nesse direito, conforme jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH).

O TJUE conclui que uma regra de prescrição penal, como a italiana, é suscetível de violar as obrigações impostas aos EMs pelo artigo 325º, n. 1 e n. 2, do TFUE, caso impeça a aplicação de sanções efetivas e dissuasoras num número considerável de casos de fraude grave lesiva aos IFUE ou preveja prazos de prescrição mais longos para as fraudes aos seus próprios interesses financeiros, o que permite ao órgão jurisdicional nacional não aplicar as disposições de direito nacional.

No caso, indiscutivelmente o TJUE abordou o crime de fraude fiscal como verdadeiro crime contra os direitos humanos, no sentido de provocar graves violações dos direitos fundamentais, o que justificaria a não aplicação das regras italianas sobre prescrição (ZICCARDI CAPALDO, 2018, p. 5), interpretando o artigo 325º do TFUE no padrão

estabelecido pelo direito internacional para crimes graves contra os direitos humanos e, por consequência, numa lógica que impeça a impunidade e imponha a não aplicação de regras nacionais que resultem em impunidade.

Para o TJUE, no acórdão Taricco, mesmo um “princípio supremo” de um sistema constitucional pode ser limitado para que as normas do direito da UE possam ter plena efetividade, desde que justificada por um interesse público de significativa importância. Entretanto, ao afastar a aplicação do princípio da legalidade dos crimes e das penas, conforme previsto no sistema italiano, o TJUE gerou grande insegurança jurídica no sistema penal italiano, conforme será abordado.

2.2 Acórdão M.A.S. e M.B.

Na sequência da decisão acima, a Corte de Cassação e o Tribunal de Recurso de Milão, onde tramitavam processos por fraudes graves em matéria de IVA, entendendo que a aplicação do acórdão Taricco implicaria no agravamento retroativo do regime de incriminação, incompatível com o princípio da legalidade constitucional italiano, submeteram ao TCI pedido de apreciação da constitucionalidade da norma que autorizou a ratificação e a execução do Tratado de Lisboa (TIMMERMAN, 2016, p. 792).

O TCI, antes de se pronunciar, encaminhou pedido prejudicial, argumentando que, na ordem jurídica italiana, o princípio da legalidade penal impede a aplicação do decidido no acórdão Taricco nos processos em curso, já que os prazos prescricionais constituem normas substantivas e não podem ser aplicados retroativamente em prejuízo do arguido, já que não podiam razoavelmente prever que o direito da União, artigo 325º do TFUE, resultaria na não aplicação das regras de prescrição, o que seria contrário às exigências previstas no artigo 7º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Para o TCI, o princípio da legalidade penal é o primeiro dos direitos inalienáveis da pessoa e deve ser considerado como um princípio supremo da ordem constitucional italiana, prevalecendo sobre as normas do direito da União em conflito.

O TCI argumentou ainda que a ordem jurídica italiana confere um nível de proteção dos direitos fundamentais mais elevado que os

artigos 49º da Carta e 7º da CEDH. Assim, o artigo 53º da Carta autorizaria o órgão jurisdicional nacional a não aplicar a obrigação estabelecida pelo TJUE. Sustentou o TCI, ainda, que o artigo 4º, n. 2, do Tratado da União Europeia permite ao órgão jurisdicional nacional desobrigar-se da obrigação estabelecida pelo TJUE por violar um princípio supremo da sua ordem constitucional, logo suscetível de afetar a identidade nacional italiana.

Sob esses fundamentos, no reenvio prejudicial, o TCI, em resumo, indagou se o artigo 325º do TFUE deve ser interpretado no sentido de obrigar o juiz penal a não aplicar as regras restritivas de interrupção da prescrição, conforme acórdão Taricco, nas seguintes situações: a) mesmo quando essa não aplicação careça de uma base jurídica suficientemente precisa; b) mesmo quando no ordenamento do EM a prescrição faça parte do direito penal substantivo e esteja sujeita ao princípio da legalidade; c) mesmo quando essa não aplicação seja contrária aos princípios supremos da ordem constitucional do EM ou aos direitos inalienáveis reconhecidos por sua Constituição.

Por fim, o TCI consignou que, caso seja mantida a decisão do caso Taricco, poderia declarar inconstitucional a lei nacional que ratifica e executa o Tratado de Lisboa e o artigo 325º do TFUE, por violação dos princípios supremos da sua ordem constitucional, exonerando os órgãos jurisdicionais nacionais da obrigação de respeitarem o acórdão Taricco, doutrina contralimites (GARNER, 2017, p. 8).

Em suas conclusões, o advogado-geral Yves Bot considerou que o entendimento do TCI é contrário ao princípio da efetividade do direito da União, e que o princípio da legalidade penal, tradicionalmente, impõe que nenhuma infração pode ser imputada e nenhuma pena pode ser aplicada se não estiverem previstas e definidas pela lei antes da prática dos atos, não sendo o princípio incompatível com o direito da UE. Apontou que o direito só é efetivo se a sua violação for sancionada e que um regime que conduza à inexistência de sanção ou a um risco evidente e grave de impunidade é contrário ao princípio do primado do direito da União e ao princípio da efetividade em que se fundamenta. O AG ressaltou a importância de que, depois de iniciado, o procedimento penal possa continuar até o seu termo, constituindo cada ato do procedimento um ato interruptivo da prescrição que faz

correr um novo prazo por inteiro, sendo o único o respeito do princípio do prazo razoável como definido pelo TEDH. Além disso, não se convenceu de que o acórdão Taricco seja suscetível de afetar a identidade nacional da República Italiana, pois não se deve confundir uma concessão na proteção de um direito fundamental com uma violação da identidade nacional.

Nesse sentido, o AG sugere uma interpretação do artigo 325º, n. 1 e n. 2, do TFUE, que exige do órgão jurisdicional nacional, atuando no âmbito do direito da UE, a não aplicação das regras limitadoras da interrupção da prescrição que impeçam sanções efetivas e dissuasoras em caso de fraude grave lesiva aos IFUE ou que prevejam prazos de prescrição mais longos para os casos de fraude grave lesiva dos interesses financeiros do EM. Também propõe que o conceito de interrupção da prescrição seja considerado um conceito autônomo do direito da União, definido no sentido de que cada ato do procedimento penal interrompa o prazo de prescrição, determinando a contagem de um novo prazo, idêntico ao prazo inicial, extinguindo-se o prazo de prescrição já decorrido. Quanto ao artigo 49º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), entende que deva ser interpretado no sentido de que não se opõe ao cumprimento do acórdão Taricco e não permite que a autoridade judiciária de um EM se oponha a isso, com o fundamento de que essa obrigação não respeita o nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição desse Estado. Por fim, sugere interpretação no sentido de que o artigo 4º, n. 2, do Tratado da União Europeia não permita à autoridade judiciária de um EM opor-se ao cumprimento do acórdão Taricco, sob fundamento de ofensa à identidade nacional desse Estado.

No julgamento do caso, o TJUE reafirmou que o artigo 325º, n. 1 e n. 2, do TFUE obriga os EMs a combaterem as atividades lesivas dos IFUE por meio de medidas efetivas e dissuasoras análogas às que tomarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros. Para esse objetivo, os EMs dispõem de uma liberdade de escolha das sanções aplicáveis, as quais podem tomar a forma de sanções administrativas, de sanções penais ou de uma combinação de ambas. Mas as sanções penais podem ser indispensáveis para combater, de forma efetiva e dissuasora, certos casos de fraude grave ao IVA. Assim, caso as sanções penais adotadas para reprimir as fraudes

graves ao IVA não permitam assegurar, de forma eficaz, a cobrança da totalidade desse imposto, deve-se considerar como violada essa obrigação (LUPO, 2017, p. 114).

Reiterou o Tribunal que o artigo 325º, n. 1 e n. 2, do TFUE impõe aos EMs obrigações de resultado precisas, que não estão subordinadas a nenhuma condição, cabendo aos órgãos jurisdicionais nacionais dar pleno efeito às obrigações e não aplicar as disposições internas, nomeadamente em matéria de prescrição, que, no âmbito de um processo por infrações graves em matéria de IVA, obstem à aplicação de sanções efetivas e dissuasoras para combater as fraudes lesivas dos IFUE. Por sua vez, ao legislador nacional incumbe prever regras de prescrição que permitam satisfazer as obrigações decorrentes do artigo 325º do TFUE, garantindo que o regime nacional de prescrição em matéria penal não conduza à impunidade de um número considerável de casos de fraude grave em matéria de IVA, podendo o legislador nacional prorrogar um prazo de prescrição com aplicação imediata, incluindo fatos imputados que ainda não estão prescritos, por não violar o princípio da legalidade penal.

Entretanto, o Tribunal pontuou que, à data dos fatos objeto do acórdão Taricco, o regime de prescrição aplicável às infrações penais relativas ao IVA não tinha sido harmonizado pelo legislador da UE, o que somente ocorreu parcialmente com a Diretiva (UE) 2017/1371. Assim, naquele momento, a República Italiana era livre para prever que esse regime se inseria no direito penal substantivo e se submetia ao princípio da legalidade dos crimes e das penas.

Dessa forma, quando os órgãos jurisdicionais nacionais tiverem que decidir não aplicar, em processos em curso, as disposições do Código Penal em causa, devem respeitar os direitos fundamentais dos arguidos, podendo aplicar os padrões nacionais de proteção, desde que não comprometam o nível de proteção da CDFUE conforme interpreta o TJUE, o primado, a unidade e a efetividade do direito da União.

O TJUE esclareceu, quanto às exigências decorrentes do princípio da legalidade penal, que o TEDH declarou que as disposições penais devem respeitar certas exigências de acessibilidade e de previsibilidade quanto à definição da infração e da determinação da pena.

Assim, incumbe ao juiz nacional verificar se a aplicação dos efeitos do acórdão Taricco violaria o princípio da precisão da lei aplicável e se resultaria em incerteza, na ordem jurídica, quanto à determinação do regime de prescrição aplicável. Em caso de violação, o juiz nacional não está obrigado a aplicar os efeitos do acórdão Taricco, restando ao legislador nacional corrigir a incompatibilidade.

Concluiu o TJUE que o artigo 325º, n. 1 e n. 2, do TFUE deve ser interpretado no sentido de que, no âmbito de um processo penal por infrações relativas ao IVA, impõe ao juiz nacional que se abstenha de aplicar disposições internas em matéria de prescrição que obstem à aplicação de sanções penais efetivas e dissuasoras num número considerável de casos de fraude grave lesiva aos IFUE ou que prevejam prazos de prescrição mais curtos do que os prazos para as fraudes dos próprios interesses financeiros, salvo se a não aplicação violar o princípio da legalidade, em razão da falta de precisão da lei aplicável ou devido à aplicação retroativa de uma legislação que impõe condições de incriminação mais severas do que as vigentes no momento da infração.

Percebe-se que, na decisão, o TJUE confirmou o efeito direto do artigo 325º do TFUE, que impõe aos juizes nacionais a obrigação de não aplicar norma interna, no combate a fraudes lesivas aos IFUE, a qual impeça a aplicação de sanções efetivas e dissuasivas, na linha defendida pelo AG Bot. Entretanto, a não aplicação de norma nacional deve respeitar o princípio da legalidade penal, especialmente em suas exigências de acessibilidade e de previsibilidade (LUPO, 2017, p. 112).

3 A proteção dos interesses financeiros da União Europeia

As fraudes fiscais privam os governos dos recursos necessários para implementação dos programas sociais e culturais, bem como de fortalecer as instituições de proteção dos direitos fundamentais da população. Nesse sentido, o não enfrentamento da fraude fiscal de forma eficaz por um Estado, na medida em que impede ou atrasa a implementação dos direitos fundamentais, pode constituir uma violação das suas obrigações internacionais de direitos humanos.

No âmbito da UE, a evasão fiscal, segundo a Comissão Europeia, representa um problema enorme que afeta todos os cidadãos europeus, o

que a tem feito trabalhar ativamente para garantir que os EMs incorporem e implementem os princípios das Nações Unidas em sua legislação, como forma de impor uma punição efetiva para esse tipo de fraude (ZICCARDI CAPALDO, 2018, p. 4).

Ciente da importância da tutela dos interesses financeiros, o Tribunal de Justiça, por meio de sua jurisprudência, desde o caso do milho grego, quando impôs aos EMs a obrigação de sancionarem violações aos IFUE da mesma forma que as violações aos próprios interesses financeiros (princípio da assimilação^[1]), definiu os primeiros contornos do sistema de proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias (TIMMERMAN, 2016, p. 787).

3.1 Meios de proteção

Atualmente, o artigo 325º do TFUE é a principal norma da UE voltada ao enfrentamento de fraude lesiva aos IFUE, consistindo em verdadeira base jurídica nesse tema, e, em decorrência dos princípios da eficácia^[2] e da equivalência, impõe aos EMs o dever de enfrentamento das condutas lesivas aos IFUE, por meio de medidas efetivas, proporcionais e dissuasivas que, ao menos para fraudes graves, devem ter caráter penal. Sua origem pode ser atribuída ao TJUE, por meio do acórdão milho grego, e aos esforços da Comissão desde os anos 1970 na defesa da necessidade de assegurar a proteção dos interesses financeiros comunitários através do direito penal.

Medidas efetivas, proporcionais e dissuasivas implicam num resultado triplo: a) um sistema normativo adequado, em que as disposições substantivas sejam adequadas para exercer um efeito dissuasor e de compensação; b) uma organização institucional capaz de lidar com a demanda relativa às ofensas aos IFUE; c) uma ação judicial capaz de proteger de forma eficaz, incluindo o processo penal. Trata-se de um conceito próximo ao expresso pelo TEDH no desenvolvimento da teoria dos deveres de proteção focados nos artigos 2º e 3º da CEDH, relativos à regulamentação e à aplicação de sanções proporcionais e dissuasivas para proteção dos direitos fundamentais (CAIANIELLO, 2017, p. 981).

Dentre as exigências previstas pelo artigo 325º do TFUE está a de que as medidas adotadas pelos EMs para proteção dos IFUE sejam

análogas àquelas adotadas para proteção dos próprios interesses financeiros, logo contrário ao direito da UE a adoção de meios de menor eficácia para proteção dos IFUE. Em tais situações, segundo o acórdão Taricco, essas disposições restritivas devem ser afastadas, aplicando aos IFUE o mesmo nível de proteção garantido aos interesses financeiros do EM em questão.

Para enfrentamento das fraudes lesivas aos IFUE, os EMs podem utilizar o direito penal. Hoje a competência penal da UE é indiscutível para assegurar a execução eficaz de política que tenha sido objeto de harmonização (RODRIGUES, 2017, p. 13). O artigo 83º do TFUE autoriza a intervenção penal por meio de diretrizes. No campo específico de proteção dos IFUE, além da disposição geral do artigo acima, o artigo 325º do TFUE também autoriza a intervenção penal da UE. Entretanto, em relação ao artigo 325º, nada diz sobre a forma com que essa intervenção legislativa deve ocorrer (VENEGONI, 2015, p. 2).

Atualmente a Diretiva 2017/1371 trata especificamente da luta contra a fraude lesiva dos IFUE através do direito penal. Entre as mais importantes de suas disposições está o n. 2 do artigo 2º, que, expressamente, determina a aplicação da Diretiva aos casos de infrações graves ao sistema comum do IVA. Além disso, traz exigência de tipificação penal de uma série de situações que considera fraude lesiva aos IFUE (artigos 3º e 4º). Trata ainda de normas mínimas sobre prescrição (artigo 12º), entre outras.

3.2 Efeito direto do artigo 325º do TFUE

Mesmo após a Diretiva 2017/1371, um dos temas mais discutidos e controversos sobre a proteção dos IFUE é o efeito direto do artigo 325º do TFUE, conforme decidido no acórdão Taricco e confirmado, com restrições, no acórdão M.A.S. e M.B.

Ainda que não seja novidade o reconhecimento pelo TJUE do efeito direto do direito da UE em relações horizontais, ou seja, em benefício de um particular em detrimento de outro particular, ou numa relação vertical em favor do particular, isso nunca tinha acontecido numa relação vertical em favor do Estado, sobretudo em matéria penal (AMALFITANO, 2017, p. 134). Isso porque, conforme a jurisprudência

tradicional do TJUE, a falta de transposição de uma diretiva não poderia resultar em consequências prejudiciais para o arguido, que, no máximo, poderia invocar efeito direto da diretiva em seu favor (efeito direto vertical).

Para chegar à conclusão sobre o efeito direto do artigo 325º do TFUE, o TJUE se utiliza de critérios de interpretação da Diretiva 2006/112 da UE, concentrando-se na verificação da contradição substantiva da lei nacional e na necessidade de não aplicação da regra restritiva da interrupção da prescrição, como única forma de atender à obrigação de proteção dos IFUE. Assim, o TJUE, pela primeira vez, atribuiu efeito direto às disposições do artigo 325º do TFUE, sem avaliação específica da verdadeira extensão das consequências da decisão, impondo ao arguido uma posição jurídica diferente daquela que era prevista no momento do fato criminoso (AMALFITANO, 2017, p. 137).

Pelo teor de ambas as decisões (acórdãos Taricco e M.A.S. e M.B.), ficou claro que o TJUE reconheceu que o artigo 325º do TFUE possui efeito direto, ainda que não tenha os requisitos que tradicionalmente sua jurisprudência exige para isso, principalmente o caráter incondicional.

Em sua decisão, o TJUE decidiu que ao artigo 325º do TFUE deve ser reconhecido efeito direto, ignorando o artigo 83º do TFUE, implicando em legitimidade das iniciativas promovidas não apenas por meio de diretivas de harmonização, mas também de regras diretas, ferramentas de jurisdição penal diretamente aplicáveis e, portanto, potencialmente violadoras da reserva legal da UE (dupla legislação) (MANES, 2017, p. 11). Nesse sentido, o princípio da eficácia do direito da UE tem como consequência que normas de direito primário da UE, fora do âmbito do espaço de liberdade, de segurança e de justiça, podem ter efeitos sobre o direito penal nacional, contribuindo para criação de normas incriminadoras e resultando na neutralização ou na redução da proteção de direitos fundamentais (RODRIGUES, 2017, p. 22).

Trata-se de uma interpretação que pesa sobre o direito material da UE, já que o artigo 83º do TFUE limita expressamente os atos que podem ser adotados em matéria penal (diretivas), permitindo apenas uma intervenção penal indireta, por exigir a coparticipação dos EMs.

Por sua vez, o artigo 325º do TFUE não prevê, no entanto, limites no que diz respeito a atos usados para legitimar, o que poderia autorizar o uso de iniciativas legislativas promovidas por regulamento, com regras diretamente aplicáveis e, portanto, ampliando o potencial de ferramentas de jurisdição penal diretas (MANES, 2016, p. 7). Entretanto, as consequências desse novo entendimento do TJUE não são ainda claras.

Porém, no acórdão M.A.S. e M.B., o TJUE definiu um limite ao efeito direto do artigo 325º do TFUE: o princípio da legalidade europeu, conceito ainda não completamente definido no âmbito do direito da UE. Nesse sentido, convém analisar o princípio da legalidade europeu e de que forma impõe limite ao efeito direto do artigo 325º, nos termos da jurisprudência do TJUE.

4 O princípio da legalidade europeu

As normas da UE em matéria penal afetam diretamente os sistemas de justiça penal dos EMs, impondo a tipificação de condutas no interesse da proteção de bens da UE. Apesar das diversas normas da UE sobre direito penal, nenhuma teve por objeto específico tratar de conceitos e princípios típicos da parte geral do direito penal, sendo ainda uma expressão das tradições nacionais (VENEGONI, 2015, p. 2). Recentemente, a Diretiva (UE) 2017/1371 buscou harmonizar condições mínimas de prescrição prevendo, pela primeira vez, um mínimo a ser respeitado pelas legislações nacionais (ROSSI *et al.*, 2015, p. 113).

Diante da singularidade do sistema penal da UE, mostra-se imprescindível o desenvolvimento de princípios legais que reflitam os valores da UE e que justifiquem a própria legitimidade do direito penal europeu (SOTIS, 2007, p. 10).

Nesse contexto está o princípio da legalidade, que, apesar de integrar o ordenamento da UE, com previsão expressa na CDFUE, e de ter longa tradição nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, ainda se encontra em desenvolvimento no direito europeu (PERISTERIDOU, 2015, p. 178), em grande parte pela jurisprudência do TJUE, em constante diálogo com o TEDH.

O princípio da legalidade criminal é um instrumento jurídico exigido pelo Estado de Direito no domínio penal para afirmação e garantia da liberdade individual, enquanto expressão da dignidade humana (NEVES, 1984, p. 84), logo não pode ser ignorado por nenhum sistema de justiça criminal, seja nacional ou internacional (GALLANT, 2009, p. 405). Apesar da legitimidade da UE (artigo 83º do TFUE) parecer limitada à aproximação da parte especial do direito penal (tipificação de crime e previsão de penas), uma análise mais atenta do Estado de Direito Europeu em matéria penal parece concluir justamente em sentido oposto (LUPO, 2017, p. 112), sobretudo da análise das fontes criminais da UE e como esses conceitos são abordados pela jurisprudência do TJUE, que, de forma embrionária, iniciou um processo de harmonização dessa parte geral (ROSSI *et al.*, 2015, p. 111).

Dessa forma, é imprescindível analisar a jurisprudência do TJUE para identificar as características do princípio da legalidade penal no âmbito europeu e que proteções garante, sobretudo após os acórdãos Taricco e M.A.S. e M.B.

4.1 Dupla tipicidade

O primeiro aspecto do princípio da legalidade abordado pela jurisprudência do TJUE foi a exigência de dupla tipicidade no Processo 14/86, quando decidiu que uma autoridade nacional não pode invocar, contra um particular, uma disposição de uma diretiva antes de sua transposição. Por consequência, não pode determinar ou agravar a responsabilidade criminal daqueles que atuem em violação das suas disposições. Ainda que tenha fundamento nos princípios da irretroatividade e da segurança jurídica, decorre também do princípio da legalidade. Esse entendimento foi confirmado nos Processos 80/86 e C-168/95.

Anos mais tarde, no julgamento do Processo C-60/02, o TJUE declarou que o princípio da legalidade consagrado no artigo 7º da CEDH, enquanto princípio geral de direito comunitário, comum às tradições constitucionais dos EMs, proíbe a aplicação de sanções penais, mesmo no caso de a regra nacional ser contrária ao direito comunitário. O Tribunal ressaltou que o princípio da primazia, que exige que o juiz nacional interprete a legislação nacional pertinente à luz do

direito comunitário, está limitado pelos princípios gerais de direito, especialmente os princípios da segurança jurídica e da não retroatividade em matéria penal. Posteriormente, no caso Berlusconi e apensos (Processos C-387/02, C-391/02 e C-403/02), a corte reiterou a impossibilidade de invocação de diretiva, independentemente de uma lei nacional de transposição, no âmbito de procedimentos penais, para criar ou agravar a responsabilidade penal de arguido e afirmou que o princípio da aplicação retroativa da pena mais benéfica faz parte dos princípios gerais do direito comunitário (MITSILEGAS, 2015, p. 423).

O TJUE voltou a abordar a questão no caso Maria Pupino (Processo 105/2003), quando consignou que a obrigação de o órgão jurisdicional nacional se referir ao conteúdo de uma decisão-quadro, quando procede à interpretação das regras do seu direito nacional, está limitada pelos princípios da segurança jurídica e da não retroatividade. Logo, é vetada uma interpretação que resulte ou agrave a responsabilidade penal com base numa decisão-quadro e independentemente de uma lei nacional.

4.2 Clareza da norma e impossibilidade de interpretação extensiva

Outra consequência do princípio da legalidade penal europeu fixada pela jurisprudência do TJUE é a imposição de clareza das normas europeias e a impossibilidade de interpretação extensiva em desfavor do arguido. Essa limitação se aplica a todos os elementos, independentemente da natureza, que sirvam para fundamentar a responsabilidade penal ou para agravá-la (DIAS, 2012).

A primeira abordagem ocorreu no julgamento conjunto dos processos C-74/95 e C-129/95, quando o TJUE decidiu que o princípio da legalidade e, mais especificamente, o da segurança jurídica obstam à criminalização de um comportamento cujo caráter condenável não resulte claramente da lei e impede que haja interpretação extensiva da lei penal em prejuízo do arguido. No acórdão do Processo C-161/2006, o Tribunal acrescentou que o princípio da segurança jurídica exige que a regulamentação comunitária permita aos interessados conhecer com exatidão o âmbito das obrigações impostas, o que apenas pode

ser garantido pela publicação devida da referida regulamentação na língua oficial do destinatário.

Já no Processo C-308/2006, o TJUE afirmou que o princípio geral da segurança jurídica e o princípio da legalidade (expressão específica do princípio geral da segurança jurídica) exigem que a legislação europeia seja clara e precisa ao definir as infrações penais, garantindo a cada indivíduo a possibilidade real de saber os atos e as omissões que resultem em responsabilidade penal e governar-se livremente em conformidade.

Por sua vez, no caso Gottfried Heinrich (Processo C-345/2006), o TJUE concluiu que o princípio da segurança jurídica exige que uma regulamentação comunitária permita aos interessados conhecer com exatidão a extensão das obrigações que ela lhes impõe, sem ambiguidade. Assim, nenhuma norma pode ser invocada contra pessoas singulares e coletivas antes da devida publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

Nos casos Lafarge S.A. e P. Schindler Holding Ltd. (Processo C-413/2008), apontou o TJUE que, seguindo jurisprudência do TEDH, a clareza da lei aprecia-se não só em virtude da redação da disposição pertinente, mas também das precisões fornecidas por jurisprudência constante e publicada.

4.3 Irretroatividade de interpretação desfavorável ao arguido

Sobre a impossibilidade de retroatividade de interpretação penal desfavorável ao arguido, em *Dansk Rørindustri* (Processo C-189/02 P), o TJUE apontou que o artigo 7º da CEDH consagra o princípio da legalidade do crime e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), que, segundo a jurisprudência do TEDH, opõe-se à aplicação retroativa de uma nova interpretação de norma que estabelece uma infração, sobretudo se a interpretação não era razoavelmente previsível no momento em que a infração foi cometida. Afirmou que, na jurisprudência do TEDH, o alcance do conceito de previsibilidade depende, em larga medida, do conteúdo do texto em questão, do domínio que abrange, bem como do número e da qualidade dos seus destinatários. Reafirmou o TJUE que a interpretação do direito nacional é limitada pelos princípios da segurança jurídica e da não retroatividade.

4.4 Discricionariedade da pena

No Processo C-413/2008, o TJUE salientou que o fato de uma lei conferir um poder de apreciação na aplicação de penalidades não colide, em si mesmo, com a exigência de previsibilidade, desde que o alcance e as modalidades de exercício desse poder se encontrem definidos com nitidez suficiente para fornecer ao indivíduo uma proteção adequada contra o arbítrio. O Tribunal concluiu que o fato de não ser possível, antecipadamente, conhecer com precisão o nível das coimas que a Comissão aplicará em cada caso concreto não constitui uma violação do princípio da legalidade das penas, desde que existam critérios para fixação. O mesmo entendimento foi repetido no Processo C-501/2011, no sentido de que o fato de uma lei conferir um poder de apreciação não colide, em si, com a exigência de previsibilidade.

Dessa forma, extrai-se que o princípio da legalidade e a exigência de previsibilidade não impedem que a lei atribua certa discricionariedade à autoridade para aplicação da pena, desde que respeitado o decidido no Processo C-413/2008.

4.5 Acessibilidade e previsibilidade

Por sua vez, em M.A.S. e M.B., o TJUE decidiu que os órgãos jurisdicionais nacionais, quando tiverem que decidir aplicar os efeitos do acórdão Taricco, devem respeitar os direitos fundamentais dos arguidos, podendo aplicar os padrões nacionais de proteção, desde que não comprometam o nível de proteção da CDFUE conforme interpretada pelo TJUE, o primado, a unidade e a efetividade do direito da União, sobretudo os direitos decorrentes do princípio da legalidade. Nesse sentido, as disposições penais devem respeitar certas exigências de acessibilidade e de previsibilidade quanto à definição da infração e à determinação da pena. Assim, se o juiz nacional verificar que a aplicação do acórdão Taricco possa conduzir a uma situação de incerteza, na ordem jurídica do EM, quanto à determinação do regime de prescrição aplicável, que viole o princípio da precisão da lei aplicável, não estará obrigado a não aplicar as disposições penais que conflitem com o artigo 325º do TFUE.

Nesse acórdão ficou decidido que o princípio da legalidade, nas suas exigências de acessibilidade e previsibilidade, constitui um limite para o efeito direto do artigo 325º do TFUE sobre as normas nacionais de direito penal.

4.6 Considerações sobre o princípio da legalidade penal europeu

O princípio da legalidade se encontra previsto em praticamente todos os ordenamentos jurídicos ocidentais, em regra, como norma constitucional, consistindo em verdadeira pedra angular do sistema penal. Da mesma forma, está previsto em diversos instrumentos internacionais, com destaque para CEDH, CDFUE e Estatuto de Roma.

Entre suas inúmeras funções, uma se relaciona com a legitimidade do poder coercitivo ou permissão de uso de meios coercitivos. Em última análise, relaciona-se com a legitimidade do direito penal no ordenamento em questão. Na mesma medida, define o direito penal legítimo em oposição à força pura do Estado (PERISTERIDOU, 2015, p. 180). Logo, um sistema penal não subsiste na ausência do princípio da legalidade penal, não sendo diferente o sistema penal da UE, motivo pelo qual é tão importante identificar as características e os efeitos do princípio dentro do ordenamento europeu, ainda que não se possa dizer que se trata de uma abordagem definitiva.

Nesse sentido, após análise da jurisprudência do TJUE referida, foi possível identificar as principais características e exigências do princípio da legalidade dentro do ordenamento penal europeu. De forma sucinta, podemos extrair como exigências do princípio: a) a dupla tipicidade; b) a necessidade de clareza das normas que definem crimes e penas; c) a impossibilidade de interpretação extensiva em prejuízo do arguido; d) a necessidade de publicação das normas europeias no jornal oficial da UE e na língua oficial do destinatário; e e) a impossibilidade de interpretação retroativa de norma que defina crime ou pena em prejuízo do arguido.

A esse conjunto o acórdão M.A.S. e M.B. acrescentou as exigências de acessibilidade e de previsibilidade quanto à definição da infração e determinação da pena, o que impede uma interpretação do direito da

UE, mesmo de uma norma primária como o artigo 325º do TFUE, que conduza a uma situação de incerteza em detrimento de um arguido.

Esse conjunto de obrigações é dirigido ao legislador europeu e aos aplicadores do direito da UE. Entendê-lo permitirá uma melhor aplicação do direito penal da União, impondo limites a sua expansão.

5 O efeito direto do artigo 325º do TFUE e seu limite no princípio da legalidade penal europeu

Após analisarmos o princípio da legalidade penal europeu, conforme jurisprudência do TJUE, e o efeito direto do artigo 325º do TFUE nos ordenamentos nacionais, poderemos tentar definir de que forma o princípio da legalidade pode limitar a aplicação direta do artigo 325º do TFUE no direito penal em prejuízo do arguido.

Conforme decidido no acórdão Taricco, o artigo 325º do TFUE obriga os EMs a combaterem as atividades ilícitas lesivas aos IFUE através de medidas dissuasivas e efetivas que, em caso de fraude grave, devem ter caráter penal. Essa obrigação, por se tratar de obrigação de resultado imposta pelo direito primário da UE, não se subordina a nenhuma condição e tem efeito sobre o direito nacional por força do princípio do primado do direito da União. Assim, normas nacionais suscetíveis de violar essa obrigação, impedindo a aplicação de sanções efetivas e dissuasoras num número considerável dos casos de fraude grave lesiva dos IFUE, podem não ser aplicadas, desde que não violem o princípio da legalidade europeu, conforme acórdão M.A.S. e M.B.

Passamos à análise de como o efeito direto do artigo 325º do TFUE encontra limite nas exigências do princípio da legalidade penal definido pela jurisprudência do TJUE. Ressalta-se que essa análise não se refere apenas ao decidido nos acórdãos Taricco e M.A.S. e M.B. Buscar-se-á entender quais os limites genéricos da aplicação direta do artigo 325º do TFUE nas normas penais nacionais quando aplicam o direito da UE.

A UE não goza de um poder para legislar normas penais com eficácia imediata, tendo competência apenas para impor aos EMs deveres de editar normas primárias e respectivas regras de aplicabilidade, ou

seja, a jurisdição da UE é uma jurisdição de segundo grau ou, mais rigorosamente, uma metajurisdição (CAEIRO, 2012, p. 182). Nesse sentido impõe-se a exigência de dupla tipificação.

Analisando a evolução da jurisprudência do TJUE sobre o tema, constata-se que a definição de crime e penas sempre foi um limite intransponível para o efeito direto da legislação da UE. Mesmo no acórdão Taricco, o TJUE deixa claro que não haveria violação do princípio da legalidade na medida em que a ação, fraude ao IVA, já era crime, ou, nas palavras do tribunal, que o entendimento não resultaria em condenação por uma ação ou omissão que, no momento da sua prática, não constituía uma infração punida penalmente pelo direito nacional nem uma aplicação de uma sanção que, nesse mesmo momento, não estava prevista nesse direito.

Mesmo que se aceite entendimento de que o artigo 325º, n. 4, do TFUE seria fundamento para adoção, por meio de regulamentos, de normas penais em sentido próprio, com incriminações e sanções diretamente aplicáveis, ou seja, uma jurisdição penal perfeita, apta a produzir efeitos diretos, indiscutivelmente ainda seria necessária a previsão expressa de um tipo penal e de suas penas, mesmo que, neste caso, não fosse necessária uma norma nacional. Assim, a exigência de dupla tipificação, mesmo após os acórdãos Taricco, M.A.S. e M.B., continua a ser uma exigência imposta pelo princípio da legalidade penal europeu.

Quanto à necessidade de clareza das normas que definem crimes e penas, ainda que historicamente o TJUE sempre tenha decidido no sentido de que essas normas devam ser claras e precisas, o que por consequência impediria uma interpretação extensiva em prejuízo do arguido, a partir do acórdão Taricco, o alcance desse efeito do princípio da legalidade não nos parece tão claro.

Segundo o TJUE, na aplicação do direito da União, o julgador nacional deve sempre buscar uma interpretação que atinge os objetivos da norma da UE. A partir do acórdão Taricco e da atribuição do efeito direto ao artigo 325º do TFUE, impõe-se o dever de sanções efetivas aos atos lesivos aos IFUE. Nesse sentido, se a imposição desse efeito direto do artigo 325º do TFUE é capaz de resultar na não aplicação de uma norma expressa nacional, poderia impor uma interpretação

extensiva de um tipo penal. Ainda que esse entendimento representasse uma mudança jurisprudencial do TJUE, estaria em consonância com a jurisprudência dos acórdãos Taricco e M.A.S. e M.B.

Assim, quanto à questão envolver proteção dos IFUE, as imposições de clareza das normas que definem crimes e penas e a impossibilidade de interpretação extensiva tendem a não representar mais uma proteção tão clara. Logo, o limite para uma interpretação extensiva diante de uma norma não clara pode ser encontrado no acórdão M.A.S. e M.B., qual seja, as exigências de acessibilidade e de previsibilidade quanto à definição da infração e determinação da pena.

Quanto à impossibilidade de interpretação retroativa de norma que defina crime ou pena em prejuízo do arguido, vimos que o TJUE, seguindo o TEDH, entendia pela impossibilidade. Entretanto, esse entendimento parece ter mudado com o acórdão Taricco, tendo o TJUE admitido a retroatividade de uma interpretação em desfavor do arguido quando for a única capaz de cumprir o dever imposto pelo artigo 325º do TFUE. Numa situação como a imaginada, se o TJUE seguir seu entendimento quanto aos efeitos do artigo 325º do TFUE, é provável que autorize uma interpretação retroativa de norma que defina crime ou pena em prejuízo do arguido. Novamente aqui, o limite para imposição de uma interpretação retroativa será encontrado no acórdão M.A.S. e M.B., exigência de acessibilidade e de previsibilidade.

Por fim, diante da objetividade e por representar a essência do princípio da legalidade, a necessidade de publicação da norma continua a ser um limite para definição de crimes e penas, mesmo depois dos acórdãos Taricco, M.A.S. e M.B., sendo prescindíveis maiores comentários.

6 Exigências de acessibilidade e de previsibilidade

Conforme vimos, o limite do efeito direto do artigo 325º do TFUE será definido pelas exigências de acessibilidade e de previsibilidade do princípio da legalidade penal europeu, conforme decidido em M.A.S. e M.B., o que impõe tentar definir e entender esses conceitos.

A partir de uma perspectiva sociológica, antropológica e psicológica, faz parte do instinto humano combater a incerteza criada pela

natureza e por outros indivíduos, o que levou os seres humanos à formação de sociedades ordenadas e reguladas e a buscar a compreensão racionalizada do mundo natural em torno deles. A valorização da segurança jurídica no sistema de justiça criminal faz parte dos ideais do Estado de Direito e da autonomia individual, protege a capacidade dos indivíduos para invocar a lei e, portanto, confiar nas ações do Estado como legítimas (PERISTERIDOU, 2015, p. 179).

O conceito de segurança jurídica, e, por consequência, do é que uma interpretação acessível e previsível, é algo nebuloso, podendo expressar obrigações positivas e negativas, como a precisão dos estatutos, a antecipação de interpretação da lei ou do uso de provas, a estabilidade e a não questionabilidade de normas e sua ligação efeito. Por se tratar de um conceito geral, possui uma dimensão objetiva e outra subjetiva, interessando-nos a dimensão objetiva, que se relaciona com a ordem jurídica em sua totalidade, sendo expressa como uma demanda por acessibilidade, clareza e precisão *erga omnes* (PERISTERIDOU, 2015, p. 196).

Entre as diversas abordagens possíveis sobre o tema, interessa para compreender o decidido pelo TJUE sua dimensão de certeza normativa legal, que diz respeito ao conteúdo das normas e à segurança jurídica, ou seja, ao modo previsível de aplicação das normas penais. Nessa perspectiva, a acessibilidade e a previsibilidade (segurança jurídica) expressam a necessidade de clareza, simplicidade e ordem de normas legais, ao ponto de permitir que as pessoas entendam em um dado momento (estática do conteúdo da lei) suas obrigações e seus direitos, o que fazer e o que não fazer, bem como as consequências de seus atos. Enquanto a clareza linguística não pode ser garantida, o objetivo é garantir a capacidade dos indivíduos de confiar na lei. Logo, as normas, na forma como são interpretadas, devem manter a função de regular e orientar o comportamento. Além disso, em casos de estatutos inter-relacionados e em camadas, a responsabilidade penal deve ser capaz de ser claramente identificada (PERISTERIDOU, 2015, p. 19).

Ponto importante para entender a mudança de posição do TJUE no caso M.A.S. e M.B. é que os princípios da legalidade e da segurança jurídica não exigem apenas acessibilidade e previsibilidade do efeito de uma norma, mas também a aceitabilidade, tendo importância na

interpretação judicial, na medida em que exige do julgador que a interpretação dada à norma seja precisa e aceita como legítima (RAITIO, 2003, p. 355). O conceito de aceitabilidade exige que as disposições recebam significado em um contexto particular que contribui para o que é previsível. Ao contrário de previsibilidade, aceitabilidade refere-se à fluidez da lei, à sua flexibilidade e ao contexto da sensibilidade (PAUNIO, 2009, p. 1469).

Nesse sentido, os efeitos do acórdão Taricco não foram apenas inacessíveis e imprevisíveis no sistema penal italiano, mas acima de tudo não foram aceitos, por representar uma afronta aos fundamentos desse sistema. Para não violar o princípio da legalidade e sobretudo na sua teologia garantística, a decisão não poderia obstar à determinabilidade objetiva das condutas proibidas e dos demais elementos de punibilidade requeridos (DIAS, 2012).

Não se está a defender que exista um dever de respeito absoluto à manutenção de uma regulamentação, o que seria um alcance excessivo do princípio da segurança jurídica e da legalidade, incompatível com a necessidade de mudança no interesse geral (OST, 2005, p. 65). Porém, mudanças drásticas podem conflitar com os princípios, conforme já decidiu o TJUE no Processo 74/1974.

Assim, para cumprir o princípio da legalidade em sua definição dada pelo TJUE no acórdão M.A.S. e M.B., o resultado do efeito direto do artigo 325º do TFUE na norma e/ou na interpretação da norma, num quadro democrático, deve permitir aos indivíduos antecipar e confiar em como os tribunais interpretam as normas no que diz respeito aos princípios subjacentes da ordem jurídica, devendo essa interpretação ser plausível no contexto de uma ordem jurídica em particular, no caso a europeia.

Feitas essas considerações, indaga-se se os princípios da legalidade e da segurança jurídica não são o mesmo em direito penal europeu, já que qualquer aspecto do princípio da legalidade, como a proibição da analogia e a exigência de precisão, pode ser abarcado pela necessidade de segurança jurídica, havendo uma sobreposição infinita entre os dois conceitos, o que explica por que o princípio da segurança jurídica pode ser considerado a própria justificativa do princípio da legalidade (PERISTERIDOU, 2015, p. 196).

Conclui-se que, apesar de o artigo 325º do TFUE impor aos EMs obrigações de resultado no combate a fraudes dos IFUE, o que pode resultar na não aplicação de disposições nacionais contrárias a esses objetivos, eventual não aplicação que resulte na responsabilização ou no agravamento da responsabilidade do arguido somente será legítima se respeitar o princípio da legalidade em suas exigências de acessibilidade, previsibilidade e, acrescento, aceitabilidade.

Quando o acórdão Taricco foi proferido, os resultados do efeito direto do artigo 325º do TFUE sobre a legislação nacional não eram acessíveis, previsíveis e muito menos aceitáveis, por não permitirem, naquele momento, definir com exatidão as obrigações e os direitos decorrentes, o que fazer e o que não fazer, bem como as consequências de seus atos, não cumprindo sua função de regular e orientar o comportamento dos indivíduos.

Entretanto, eventual nova decisão do TJUE sobre efeito direto do artigo 325º que imponha resultados parecidos ao decidido em Taricco, e, sobretudo, sobre fatos praticados após esse acórdão (LUPO, 2017, p. 117), poderá cumprir os requisitos de acessibilidade, previsibilidade e aceitabilidade, devendo essa análise ser feita dentro do respectivo ordenamento, o da União, permitindo uma tutela adequada dos IFUE.

7 Considerações finais

Diante da importância do combate às fraudes lesivas dos interesses financeiros da UE e dos EMs, especialmente em sua dimensão de implementação dos direitos fundamentais, não resta dúvida de que as normas italianas sobre prescrição, indiretamente, representam um atentado aos direitos fundamentais de todos os cidadãos europeus e resultam praticamente numa renúncia do *ius puniendi* do Estado italiano, o que é contrário aos princípios do direito da UE, ao direito internacional, mas também ao próprio sistema constitucional italiano, conforme os artigos 10, 11 e 117 da Constituição Italiana (ZICCARDI CAPALDO, 2018, p. 9).

No acórdão Taricco, o TJUE traçou os termos do valor intrínseco do princípio da proteção dos IFUE, mais especificamente do artigo 325º do TFUE. Para o TJUE, a disposição é, no novo quadro institucional

da UE após o Tratado de Lisboa, a base jurídica para as iniciativas em matéria de proteção dos IFUE e assume não apenas o padrão de referência a ser adotado para avaliar a legislação penal nacional relativa à proteção dos IFUE, mas também, enquanto direito primário da UE, o *status* de base jurídica para iniciativas da própria UE em matéria penal (VENEGONI, 2015, p. 5). Em paralelo, a interpretação dada ao efeito direto do artigo 325º do TFUE contribuirá para a harmonização dos sistemas nacionais, evitando a subsistência de sistemas que estimulem as fraudes, como o italiano.

Entretanto, o enfrentamento desse tipo de fraude não pode ser feito em detrimento dos direitos fundamentais, em especial do princípio da legalidade, na medida em que, segundo Anabela Rodrigues, o princípio da legalidade penal constitui uma conquista dos indivíduos no sentido de delimitar o poder punitivo do Estado (RODRIGUES, 2003, p. 201). Justamente por isso, a despeito de sua importância no contexto europeu, o princípio da proteção dos IFUE e o próprio efeito direto do artigo 325º do TFUE encontram limites no princípio da legalidade penal europeu, conforme definido pela jurisprudência da UE, mais especificamente em suas exigências de acessibilidade, previsibilidade e aceitabilidade. Dessa forma, conseguiu o princípio da legalidade europeu cumprir sua função de objetivar positivamente a incriminação.

Ainda que, no acórdão M.A.S. e M.B., em caso de violação do princípio da legalidade, o TJUE tenha autorizado os órgãos jurisdicionais nacionais a manter a aplicação das normas italianas sobre interrupção da prescrição, mesmo entendendo serem contrárias ao direito da UE, o TJUE definiu um marco no enfrentamento das fraudes aos IFUE, na medida em que esclareceu que o artigo 325º do TFUE tem efeito direto e o que é capaz de impor às legislações nacionais que comprometam a sua efetividade. Pois, a partir do acórdão Taricco, é possível prever as consequências do efeito direto, logo uma nova decisão nesse sentido passa a ser acessível, previsível e aceitável, logo a respeitar o princípio da legalidade penal europeu.

Com o acórdão M.A.S. e M.B., o TJUE deu um significativo passo na construção de um conceito do princípio da legalidade penal no âmbito do direito da UE, garantindo a previsibilidade, a transparência e a

controlabilidade das ações europeias e nacionais na aplicação do direito da UE, não negando a prevalência da lei como fonte de responsabilidade penal, ao tempo que limita o ativismo judicial^[3] e casuístico, o que certamente resultará em maior segurança jurídica para quem aplica e para quem sofre os efeitos do direito da UE, especialmente do direito penal.

Assim, apesar de serem suscetíveis a críticas, os acórdãos Taricco e M.A.S. e M.B. impuseram uma significativa evolução ao enfrentamento das fraudes lesivas aos IFUE, ao mesmo tempo que contribuíram para o aperfeiçoamento de um importante instituto de direito penal geral da UE (princípio da legalidade penal), definindo novas exigências: acessibilidade, previsibilidade e aceitabilidade.

Referências

AMALFITANO, C. Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale: possibile una diversa interpretazione da parte della Corte di giustizia? **Centro di ricerca coordinato Studi sulla giustizia/Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Milano**, Milano, v. 25, p. 118-160, 2017.

CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (org.). **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra** – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. v. III. p. 179-210.

CAIANIELLO, Michele. Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario? **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 967-1006, 2017.

CASSESE, Antonio; ACQUAVIVA, Guido; FAN, Mary; WHITING, Alex. **International criminal law: cases and commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. tomo I.

GALLANT, Kenneth S. **The principle of legality in international and comparative criminal law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. (Cambridge Studies in International and Comparative Law).

GARNER, Oliver. The borders of European integration on trial in the Member States: Dansk Industri, Miller, and Taricco. **European journal of legal studies**, Florence, v. 9, p. 1-14, 2017.

LUPO, Ernesto. La sentenza europea c.d taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro. **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, p. 109-121, 22 dic. 2017.

MANES, Vittorio. La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, p. 1-14, 13 febr. 2017.

MANES, Vittorio. La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti. **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, p. 1-26, 6 magg. 2016.

MITSILEGAS, Valsamis. From overcriminalisation to decriminalisation: the many faces of effectiveness in European criminal law. **New Journal of European Criminal Law**, London, v. 5, n. 3, p. 416-424, 2014.

NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático. **Boletim da Faculdade de Direito** – Estudos em homenagem ao professor Doutor Eduardo Correia, Coimbra, n. especial, v. 1, 1984.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

PAUNIO, E. Beyond predictability – Reflections on legal certainty and the discourse theory of law in the EU legal order. **German Law Journal**, [S. l.], v. 10, issue 11, p. 1469-1493, 2009.

PERISTERIDOU, Christina. **The principle of legality in European criminal law**. 2015. Tese (Doutorado) – Maastricht University, Maastricht, 2015.

RAITIO, J. **The principle of legal certainty in EC law**. Dordrecht; Boston: Kluwer Academic Publishers, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminal policy: new challenges, old ways. **Cahiers de défense sociale**, [S. l.], v. 30, p. 181-212, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal europeu pós-lisboa – Um direito penal funcionalista? In: SANTOS, Margarida; MONTE, Mário João

Ferreira; MONTEIRO, Fernando Eduardo B. C. (eds.). **Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia**. Braga: Universidade do Minho, 2017. p. 13-35.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Sobre o crime de importunação sexual. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, ano 143, n. 3.987, p. 413-443, jul.-ago. 2014.

ROSSI, Francesco *et al.* Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale. **Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale**, Milano, v. 4, n. 2015, p. 108-129, 2015.

SOTIS, Carlo. **Il diritto senza codice**: uno studio sul sistema penale europeo vigente. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

TIMMERMAN, Mikhel. Balancing effective criminal sanctions with effective fundamental rights protection in cases of VAT fraud: Taricco. **Common Market Law Review**, Alphen aan den Rijn, v. 53, n. 3, p. 779-796, 2016.

VENEGONI, Andrea. La sentenza Taricco: un'ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi. **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, p. 1-11, 29 ott. 2015.

VITALE, Grazia. L'attesa sentenza "Taricco bis": brevi riflessioni. **European Papers**, Roma, *European Forum*, p. 1-14, 2018.

ZICCARDI CAPALDO, Giuliana. Lotta globale all'impunità e Corte di giustizia dell'Unione europea: un nuovo approccio alla frode grave come crimine contro i diritti umani (Global fight against impunity and European Court of Justice: a new approach to tax fraud as a crime against human rights). In: ADAM, R. *et al.* (eds.). **Liber amicorum Antonio Tizzano** – De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne. Torino: Giappichelli, 2018. p. 1-13.

Notas

- [1] Sobre o princípio da assimilação, Rodrigues (2017, p. 25) afirma: “No caso do «milho grego» (1989), o Tribunal consagrou o princípio da assimilação, isto é, o dever de se sancionar as violações ao direito comunitário em condições, materiais e processuais, análogas às previstas para as violações ao direito nacional de «natureza e importância similares», que implicava, quanto às sanções, que estas deviam ser «efetivas, proporcionadas e dissuasoras». Já no Acórdão Zwartveld (1990), apoiando-se, de resto, no caso do «milho grego», o Tribunal, pela primeira vez, referiu-se à natureza «penal» que podiam ter as medidas nacionais adotadas «para garantir o alcance e a eficácia do direito comunitário». Posteriormente, no Acórdão Nunes e de Matos (1999), explicitou que essas medidas podiam incluir sanções penais, «mesmo quando a regulamentação comunitária só previsse uma sanção civil”.
- [2] Sobre o tema, aponta Rodrigues (2017, p. 23) que a necessidade de eficácia do direito comunitário foi o fundamento usado pelo TJUE para atribuição de competência penal à Comunidade em matéria ambiental no acórdão Ambiente (de 13 de setembro de 2005, processo C-176/03), e foi reiterado no acórdão sobre a poluição causada por navios (de 23 de outubro de 2007, processo C-440/2005).
- [3] Sobre o tema ativismo judicial, Cassese *et al.* (2011, p. 53) afirmam que um dos propósitos do princípio da legalidade é proteger os cidadãos, tanto quanto possível, contra o poder arbitrário do governo e da discricção judicial possivelmente excessiva.

Trabalho Decente e Felicidade no contexto organizacional

Cléria Nunes

Servidora do MPU. Técnica Administrativa, lotada na Gestão de Pessoas da PR/SC. Especialista em Gestão de Pessoas pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), na área de Psicologia das Organizações e do Trabalho (POT).

Resumo: Reconhecidos como aspirações do ser humano, o Trabalho Decente e a Felicidade são conceitos que estão na agenda das agências internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização das Nações Unidas (ONU), seja como indicadores de desenvolvimento, seja como compromisso civilizatório. Porém, apesar dos acordos internacionais que estimulam o pleno emprego e a vida plena, presenciam-se a flexibilização e a rarefação dos direitos trabalhistas em escala global. Este fenômeno provoca o aumento de uma classe de "subtrabalhadores", muitas vezes, invisibilizados nos contextos organizacionais. Diante deste cenário, as organizações e os profissionais da Psicologia das Organizações e do Trabalho (POT) têm importante papel no avanço de políticas, programas e práticas que assegurem o Trabalho Decente e a promoção de emoções psicossociais positivas no ambiente laboral, tais como a Felicidade. A partir dos pressupostos da Psicologia Positiva, o presente ensaio busca contribuir com o avanço do conhecimento, possibilitando subsidiar futuros estudos e intervenções em organizações, com enfoque nas emoções e nos comportamentos organizacionais positivos, alicerçados nas dimensões de Trabalho Decente.

Palavras-chave: Trabalho Decente; Psicologia das Organizações e do Trabalho; Psicologia Positiva; Felicidade.

Sumário: 1 Introdução. 2 Trabalho Decente e Felicidade – Duas aspirações globais. 3 Trabalho Decente versus precarização do trabalho. 4 Uma perspectiva psicológica – Da abordagem macro para a micro de Trabalho Decente. 5 Um novo indicador de emoções, comportamentos e resultados organizacionais positivos. 6 Conclusões.

1 Introdução

Ailton Krenak, pensador e escritor brasileiro, da etnia indígena krenak (kre = cabeça; nak = terra), foi convidado para participar de um seminário no Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, em 2019. Em sua palestra, transformada posteriormente no livro *Ideias para se Adiar o Fim do Mundo*, discorreu sobre os desafios a serem enfrentados pela espécie humana para redirecionar a marcha em direção contrária ao "abismo" (KRENAK, 2021). O principal problema a ser enfrentado, em sua visão, é a dissociação da humanidade com a natureza, e com os próprios significados que o conceito carrega.

Em sua análise, Krenak cita a existência de uma humanidade e de uma sub-humanidade. A primeira, revestida de direitos; a segunda, à margem do bem-estar social. Nas palavras dele, a sub-humanidade é representada por

aqueles que ficaram meio esquecidos pelas bordas do planeta, nas margens dos rios, nas beiras dos oceanos, [...]. São caiçaras, índios, quilombolas, aborígenes – a sub-humanidade. [...] uma camada mais bruta, rústica, orgânica, [...]. (KRENAK, 2021, p. 21-22).

Ao trazer de forma análoga as ideias de Krenak para o mundo do trabalho, observa-se a ampliação de uma classe de subtrabalhadores, forjada em grande parte por seres humanos que integram a "sub-humanidade" dos centros urbanos. Avança sobre o mundo do emprego formal, em escala planetária, a rarefação dos direitos trabalhistas, o que compromete a dimensão humana do trabalho que se desintegra ao "patamar mínimo de proteção à dignidade do trabalhador" (AMORIM, 2020, p. 249).

"Como justificar que somos uma humanidade se mais de 70% estão totalmente alienados do mínimo exercício de ser?", questiona o ambientalista indígena (KRENAK, 2021, p. 14). Segundo ele, as péssimas condições em que vive grande parcela dos seres humanos, para os povos originários seriam inaceitáveis, pois eles compreendem a vida como "pessoas coletivas" (KRENAK, 2021). Do mesmo modo, compreende-se que as respostas para problemas tão complexos enfrentados pelo mundo do trabalho neste início do século XXI não são individuais, mas coletivas.

Desta feita, qual a responsabilidade das pessoas e organizações, a fim de dilatar o prazo da sentença infligida à humanidade posta por Krenak? Como a Psicologia, a partir dos conceitos de Trabalho Decente e Felicidade, pode garantir melhores condições aos trabalhadores, contribuindo para a mudança deste cenário? De que forma a Psicologia Positiva Organizacional e do Trabalho (PPOT) pode contribuir para um estado de felicidade no contexto laboral perene e contínuo ao longo do tempo?

O presente ensaio busca refletir sobre essas questões, e, para tanto, foi subdividido em seções: nesta primeira parte, deu-se destaque aos ensinamentos ancestrais sobre a necessidade de repactuarmos o conceito de humanidade, além da importância das relações e do coletivo para a garantia de nossa sobrevivência neste planeta. A seguir, serão conceituados Trabalho Decente e Felicidade no Trabalho à luz do entendimento das agências internacionais e da ciência. A terceira parte explicará a necessidade do fortalecimento de Trabalho Decente num mundo em que a terceirização do trabalho se expande em níveis planetários. Na quarta, explicar-se-á como a Psicologia, de forma geral, e o campo da POT, de forma específica, vêm se apropriando do conceito. A quinta seção foi reservada para abordar como o Trabalho Decente está se tornando um novo indicador de emoções, comportamentos e resultados positivos; e, finalmente, a última seção foi reservada para as conclusões que buscam ampliar o conhecimento e fornecer um norte para intervenções futuras no campo organizacional.

2 Trabalho Decente e Felicidade – Duas aspirações globais

Na história da humanidade, o trabalho sempre esteve mais associado ao sofrimento do que à felicidade (TOLFO; SILVA, 2017). Originado do latim, do termo *tripalium* (instrumento utilizado, a princípio, na lavoura e que mais tarde passou a ser usado em sessões de tortura), o trabalho pode ser encarado em relação a diferentes concepções dentro de um mesmo contínuo: a perspectiva negativa que associa o trabalho a escravidão, castigo e penalidade. Na parte central, a perspectiva instrumental, em que o trabalho é um meio para se atingir um fim, através da contrapartida financeira. E, por último, a perspectiva positiva, que entende o trabalho como algo gratificante, fonte de *status* e

prazer, em que se estabelecem interações de bem-estar e felicidade (TOLFO; SILVA, 2017).

Partindo do pressuposto de que o trabalho sempre ocupou categoria central nas reflexões filosóficas, jurídicas e sociais da humanidade, o trabalho é visto como elemento que concretiza a identidade social do homem (SALGADO, 2015). Na perspectiva psicológica, o trabalho se configura como categoria central na vida das pessoas, ao influenciar a forma de se reconhecerem e serem reconhecidas (BOEHS; SILVA, 2017).

Na virada do milênio, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) apresentou o conceito de Trabalho Decente, ao propor que as pessoas possam atender as necessidades humanas universais e traduzir as aspirações da vida a partir do trabalho (SANTOS, 2019). Construído ao longo de anos, o conceito de Trabalho Decente foi uma resposta histórica ao “extraordinário desenvolvimento econômico propiciado pela Revolução Industrial, que, no entanto, não foi acompanhado pela melhoria das condições de trabalho” (OIT, 2015).

Nesta época, conforme Dejours (2018, p. 15), “a luta, pela saúde, identifica-se com a luta pela sobrevivência: viver, para o operário, é não morrer”. Entre os elementos marcantes das condições de trabalho desse período, cita-se a duração diária do trabalho, que poderia atingir até 16 horas; crianças, algumas vezes a partir dos 3 anos, e, mais frequentemente, a partir dos 7 anos, trabalhavam nas indústrias; os salários eram tão baixos que não asseguravam o estritamente necessário; as condições precárias acarretavam uma alta mortalidade e uma baixa longevidade dos trabalhadores. “A evolução das condições de vida e de trabalho e, portanto, de saúde dos trabalhadores” é fruto de lutas históricas pela sobrevivência da classe operária, pois, “raramente, foram oferecidas graciosamente pelos parceiros sociais” (DEJOURS, 2018, p. 14).

No final do século XIX, na França, começam a ser promulgadas as primeiras leis pertinentes à saúde dos trabalhadores, com as seguintes temáticas: higiene e segurança dos trabalhadores na indústria, em 1893; acidentes de trabalho e sua indenização, em 1898; aposentadoria para o conjunto de trabalhadores após 65 anos, em 1919 (sendo que, à época, somente 15% dos franceses atingiam esta idade). Porém, foi somente no pós-guerra, quando a mão de obra se tornou escassa em

virtude do número de feridos e mortos nos conflitos mundiais, que, de fato, começou-se a elaborar uma doutrina sobre medicina do trabalho. Entre as melhorias e avanços envolvendo a proteção da saúde do trabalhador, em 1936, é votado o reconhecimento à semana de 40 horas, às férias pagas, ao direito à greve e à livre adesão aos sindicatos (DEJOURS, 2018).

Juan Somávia, diretor-geral da OIT (1999-2012), ao apresentar o conceito de Trabalho Decente, em 1999, afirmou que o principal objetivo foi “promover oportunidades para que mulheres e homens obtenham um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana” (FERRARO; DOS SANTOS; PAIS; MÓNICO, 2016, p. 84).

Em 2008, por meio da Agenda de Trabalho Decente, a OIT compilou um conjunto de indicadores e estabeleceu 11 Elementos Substanciais (SEs), que nada mais são do que atributos do trabalho universalmente aceito e desejável (FERRARO; PAIS; DOS SANTOS, 2015). Apesar de individualizados, os indicadores são interdependentes: 1) oportunidades de emprego; 2) rendimentos adequados e trabalho produtivo; 3) jornada de trabalho decente; 4) conciliação entre trabalho, família e vida pessoal; 5) trabalhos a serem abolidos; 6) estabilidade e segurança no trabalho; 7) igualdade de oportunidades e tratamento no emprego; 8) ambiente de trabalho seguro; 9) seguridade social; 10) diálogo social; e 11) contexto econômico e social que condiciona o trabalho decente.

Para Ferreira (2011), a Agenda do Trabalho Decente e a Declaração da OIT sobre justiça social para uma globalização equitativa, em 2008, são importantes referências para o fortalecimento de uma abordagem de qualidade de vida no trabalho, que culminem no bem-estar dos trabalhadores.

Outro marco importante ocorreu em 2015, quando os Estados-Membros da ONU definiram 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), com o intuito de estabelecer metas para acabar com a pobreza, proteger o planeta e assegurar que todas as pessoas tenham paz e prosperidade, até 2030. No documento, o Trabalho Decente foi incluído no 8º Objetivo, que dispõe sobre promover o desenvolvimento sustentável por meio do “emprego pleno e produtivo e o trabalho decente para todos” (OIT, 2015).

Do mesmo modo, no que se refere à Felicidade, a ONU promoveu, em 2012, uma reunião sobre "Felicidade e bem-estar: definindo um novo paradigma econômico", onde propôs repensar os indicadores que norteiam as políticas públicas das nações. A reunião foi presidida por Jigme Thinley, primeiro-ministro do Butão, país que havia adotado oficialmente como seu principal indicador de desenvolvimento a Felicidade Interna Bruta (FIB), em vez do Produto Interno Bruto (PIB). A ideia é baseada na constatação de que muitas informações importantes não são captadas pelo PIB, mas podem ser medidas, por exemplo, por indicadores de saúde, educação e liberdade (CAMPANIÇO, 2012).

Paralelamente à ONU, um ano antes de a agência internacional tornar a Felicidade indicador socioeconômico, o psicólogo estadunidense Martin Seligman (2011) afirmou que o sucesso dos governos não deveria ser avaliado somente pela riqueza produzida. Para ele, além do PIB, deveria ser avaliado o nível de "florescimento" dos países. Ou seja, dimensionar o impacto que cada política pública provoca na sociedade em níveis de bem-estar. Para Seligman, considerado "pai" da Psicologia Positiva, "o alcance deste objetivo começa por questionar o que realmente nos faz felizes" (SELIGMAN, 2011, p. 40).

O movimento da Psicologia Positiva tem resultado numa ampla compreensão de construtos importantes no contexto das organizações de trabalho e que são inter-relacionados: o bem-estar, a felicidade e o florescimento. (MENDONÇA; FERREIRA, 2018).

Para Silva e Tolfo (2012, p. 342), a felicidade, quando concebida no ambiente laboral, caracteriza-se como "um sentimento mais estável de satisfação no trabalho". O conceito de Felicidade no Trabalho utilizado é constituído de "experiências recorrentes e duradouras de prazer imediato (presente), aliadas à construção de propósito (sentido genuíno e gratificante), ao longo do tempo" (FARSEN *et al.*, 2018).

A interpretação de felicidade como um processo construído ao longo da vida é o estado a que Dalai Lama se refere no livro *A arte da felicidade: um manual para a vida* (2000). No livro, o monge descreve a importância de treinar a mente para o cultivo da compaixão, bondade, humildade, respeito e amor para com as pessoas e todas as coisas vivas.

A recorrência e a perenidade do sentimento diferenciam felicidade e bem-estar, pois,

embora em ambos ocorra a preponderância da percepção de sentimentos positivos, em relação aos que não são, na felicidade, ao contrário do bem-estar, os sentimentos construídos socialmente são preponderantemente positivos, recorrentes e perenes ao longo do tempo e no espaço social. (RIBEIRO; SILVA, 2018, p. 67).

Nesta perspectiva, o conceito de felicidade é um fenômeno de ordem superior e transcende o de bem-estar.

Ressalta-se que, apesar de a Psicologia Positiva Organizacional e do Trabalho (PPOT) ter como foco as emoções e comportamentos positivos nas organizações, os primeiros estudos que salientaram a importância do bem-estar e felicidade no contexto do trabalho vieram da Economia, afirmando que ambos os construtos estavam fortemente ligados ao desempenho econômico (CAMPANIÇO, 2012). Atualmente, o movimento da Economia do Bem Comum tem integrado o conceito de Trabalho Decente em suas pesquisas, ao buscar um modelo de sociedade inclusiva e sustentável, calcada na dignidade humana e na solidariedade social (PEREIRA; DOS SANTOS; PAIS; ZAPPALÀ, 2020).

3 Trabalho Decente *versus* precarização do trabalho

Apesar dos compromissos assumidos pelo Brasil para estimular o pleno emprego e o Trabalho Decente como elemento das políticas econômicas e sociais,

nas últimas décadas, as leis trabalhistas vêm passando por um processo gradativo de flexibilização (menor regulamentação) e o número de trabalhadores terceirizados, informais, autônomos e intermitentes aumentou consideravelmente. (RIBEIRO; TEIXEIRA; AMBIEL, 2019).

Testemunha-se a célebre frase de Karl Marx, que afirmou que os grandes fatos da história se repetem, "a primeira vez como tragédia, a segunda como farsa" (1852 *apud* STARLING, 2020). Assim, se no século retrasado a tragédia se revelava com seres humanos trabalhando num sistema de quase escravidão, atualmente a história se repete, na condição de farsa, com a exploração travestida de solução

para a crise da empregabilidade. Uma das justificativas para a aprovação da Reforma Trabalhista, em 2017, foi a de que dois milhões de novos postos de trabalho seriam criados até 2019 (AMORIM, 2020). Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o prometido não se concretizou e a taxa de desemprego, que era de 12%, em 2017, passou para 14,7%, em março de 2021 (IBGE, 2021).

Com a Reforma Trabalhista, sob a retórica da “modernização da economia” e da “flexibilização da legislação trabalhista”, o Congresso Nacional aprovou a lei da terceirização irrestrita, que possibilita terceirizar, inclusive, a atividade-fim das empresas e organizações. Esse tipo de terceirização foi considerado ilegal por décadas, e sua proibição era tida como marco regulador que limitava o uso abusivo dessa prática. (AMORIM, 2020). No caso do serviço público, a exceção restou somente às atividades consideradas como carreiras de Estado, por exemplo, juízes, procuradores, promotores, auditores fiscais e policiais.

Assim, se na década de 1990 os discursos favoráveis à terceirização eram de que as organizações deveriam externalizar as atividades acessórias, para se concentrarem em suas atividades principais ou finalísticas, o atual discurso para as empresas continuarem eficientes e competitivas é o de terceirizar todas as suas atividades, inclusive as principais e finalísticas (DUTRA; FILGUEIRAS, 2021).

Todavia, estudos apontam que a terceirização reduz o padrão de proteção jurídica dos trabalhadores (AMORIM, 2020), mina as condições de trabalho, reduz os salários e aumenta os acidentes no contexto laboral (DUTRA; FILGUEIRAS, 2021), entre outros danos. Esse cenário fragmenta pressupostos do trabalho decente, como, por exemplo, a questão do diálogo social. Conforme Dutra e Filgueiras (2021), a terceirização reduz a resistência individual, impedindo que os trabalhadores confrontem ordens e reclamem a respeito de qualquer questão, devido à grande instabilidade e insegurança do formato desses contratos; bem como prejudica as ações coletivas, ao dificultar a construção de identidades. No que diz respeito à saúde e segurança, os trabalhadores terceirizados são menos propensos a tirar qualquer tipo de folga, tais como licença médica e intervalos de descanso (DUTRA; FILGUEIRAS, 2021).

Essas transformações contemporâneas que se operam no mundo do trabalho em escala global se passam por um “fenômeno inexorável,

embalado por um discurso de modernização que se pretende inquestionável, natural” (FERREIRA, 2011, p. 43). Observam-se a redução das possibilidades legais de limitar a exploração do trabalho e o crescente aumento dos contratos por tempo determinado, por tempo parcial e de trabalhadores terceirizados, tornando a configuração do trabalho cada dia mais volátil (FERREIRA, 2011).

Diante de um contexto que se coloca como irreversível, será que é possível garantir Trabalho Decente e Felicidade no contexto laboral para todos os trabalhadores? Como elaborar práticas e políticas organizacionais inclusivas, que respeitem as diferenças? Como desenvolver ações que garantam um patamar mínimo civilizatório de direitos?

4 Uma perspectiva psicológica – Da abordagem macro para a micro de Trabalho Decente

Krenak afirma que “só na coletividade conseguiremos encontrar soluções”, só se pudermos “contar uns com os outros” para a humanidade resgatar o equilíbrio com a natureza (KRENAK, 2021, p. 27). Do mesmo modo, para a garantia do Trabalho Decente a todos, requer-se uma ação coletiva de diversos e múltiplos atores, em diferentes níveis de atuação. Afinal, o Trabalho Decente é uma responsabilidade compartilhada entre nações, organizações, agentes sociais, econômicos e políticos, incluindo pesquisadores, gestores e demais trabalhadores.

Assim, em que pese o conceito ter sido criado a partir de uma perspectiva de nível macro, com abordagens jurídicas, econômicas e políticas (FERRARO *et al.*, 2017), observa-se que na Psicologia o conceito traz abordagens em níveis micro, com base na percepção do próprio trabalhador (SHENG; ZHOU, 2020). A partir dessa relação entre trabalho e subjetividade, o conceito proposto pela OIT ganha novo foco na Psicologia e oportuniza repensar os formatos do trabalho concreto, além de propor novos desenhos de empregos (FERRARI, 2009).

Na área da Psicologia, os campos de pesquisa que se debruçam sobre o tema são os de Orientação Profissional e de Carreiras (OPC), Psicologia das Organizações e do Trabalho (POT), e a área da saúde psicossocial. No âmbito da OPC, organizações com um alto nível de Trabalho Decente oferecem aos funcionários oportunidades de realizar suas aspirações

de carreira e ter um senso de esperança, pois acreditam que seu trabalho contribui para a realização pessoal e profissional (BLUSTEIN, 2011). No campo da saúde psicossocial, pesquisas sugerem que os pressupostos do Trabalho Decente, quando ignorados (como falta de autonomia, desequilíbrio esforço-recompensa e injustiça organizacional, por exemplo), aumentam os riscos de os trabalhadores desenvolverem doenças coronárias, além de outras relacionadas, como obesidade, diabetes e dependência de álcool (GALLO; GONZALES-MIRANDA; ROMAN-CALDERON; GARCÍA, 2020). Ferraro *et al.* (2018) argumentam que mais pesquisas teóricas complementares e empíricas sob o paradigma do Trabalho Decente, dentro da esfera da POT, seriam benéficas, a fim de enriquecer a rede nomológica do conceito.

Desta feita, o caráter integrador humanitário que enseja o conceito de Trabalho Decente, ao tornar-se objeto de pesquisa no âmbito da POT, poderia dirimir a antiga dicotomia de que a "psicologia do trabalho" plenamente comprometida com os interesses do trabalhador só ocorre se houver a cisão com a "psicologia das organizações" (SBPOT, 2009). Questionar-se em relação a quais "formatos e configurações organizacionais serviriam de melhor aos propósitos da humanização do trabalho" deve ser eterna busca dos pesquisadores e profissionais da POT (SBPOT, 2009).

Com papel fundamental na contribuição de respostas à crise em que se encontra o mundo do trabalho, a POT deve avançar em teorias, pesquisas e práticas que assegurem condições de Trabalho Decente, sob o viés psicológico. Do mesmo modo, deve ser meta estratégica das organizações, principalmente das públicas, fomentar a propositura de políticas e práticas de gestão alinhadas ao arcabouço legal e psicológico do Trabalho Decente, para todos os seus trabalhadores.

5 Um novo indicador de emoções, comportamentos e resultados organizacionais positivos

Como vimos nas seções anteriores, o Trabalho Decente é a soma de aspirações das nações, das organizações e das pessoas como via de acesso à dignidade. Também vimos que, cada vez mais, a Psicologia, em seus diversos campos de atuação, vem se debruçando sobre o tema.

Nesta seção, vamos nos aprofundar em como os estudos na área da Psicologia Organizacional e do Trabalho (POT) investigam o Trabalho Decente e como, cada vez mais, pesquisas comprovam sua relação e associação com emoções e comportamentos organizacionais positivos.

Questões relacionadas a qualidade de vida no trabalho, cultura organizacional, processos psicossociais nas organizações, gestão de pessoas, sentidos e significados do trabalho sempre foram temas recorrentes de pesquisas no campo da POT. Porém, recentemente esse campo do saber passou a pesquisar também a importância do construto de Trabalho Decente para as organizações. Ferraro, Moreira, Dos Santos, Pais e Sedmak (2017), por exemplo, buscaram compreender o efeito de Trabalho Decente na motivação dos trabalhadores, e encontraram fortes associações entre os dois conceitos.

Trabalho Decente também foi relacionado ao Capital Psicológico (PsycCap), construto formado por quatro elementos psicológicos: Autoeficácia, Otimismo, Resiliência e Esperança. Na pesquisa, PsycCap mediou o Trabalho Decente como preditor de motivação (FERRARO; MOREIRA; DOS SANTOS; PAIS; SEDMAK, 2017). Trabalho Decente também foi considerado preditor de engajamento no trabalho (GRAÇA; PAIS; MÓNICO; DOS SANTOS; FERRARO; BERGER, 2019).

Em outra pesquisa, Erkan Işık, Kozan e Ayşe Işık (2019) estabeleceram correlações entre Trabalho Decente e satisfação no trabalho, satisfação com a vida e significado no trabalho. Sheng e Zhou (2020), por sua vez, relacionaram Trabalho Decente e proatividade no trabalho.

O movimento da Psicologia Positiva também tem voltado sua atenção ao Trabalho Decente e seus resultados positivos quando aplicado às organizações. Entre os estudos encontrados, Di Fabio e Gori sugerem que, por meio da dimensão relacional, pode-se construir ambientes de trabalho nas organizações mais seguros e decentes, contribuindo para o bem-estar e a felicidade no trabalho (DI FABIO; GORI, 2016). Pesquisas realizadas na Itália também estudaram a relação do Trabalho Decente com empatia (DI FABIO; BUCCI, 2016) e gestão positiva (DI FABIO; KENNY, 2016).

Segundo Silva *et al.* (2021, no prelo), a Felicidade no contexto laboral pode ser dividida em três dimensões: Material de Existência,

Psicossocial e Transcendental. Conforme os autores (Figura 1), a dimensão Material de Existência engloba questões mais objetivas referentes a ambiente físico de trabalho, carga horária, remuneração e benefícios recebidos. A Psicossocial, relaciona-se aos aspectos de autoconhecimento e de personalidade, em especial à autoestima e à autoeficácia e também ao otimismo, à esperança e à resiliência. Diz respeito, ainda, ao ambiente de trabalho e à qualidade das interações entre os trabalhadores envolvendo reconhecimento, confiança, empatia, gratidão, cooperação, amizade, participação, respeito, transparência e compartilhamento de aprendizagens. Por fim, a dimensão Transcendental abrange propósitos pessoais e profissionais dos trabalhadores, bem como os objetivos organizacionais percebidos como significativos e relevantes, o uso e desenvolvimento de competências, a motivação, a criatividade e a inovação.

Figura 1 – Dimensões psicológicas de Felicidade no Trabalho



Fonte: Elaborada pela autora.

Corroborando o entendimento de que o ser humano é um ser coletivo e relacional, um dos indicadores de Felicidade no Trabalho é o espírito de coletividade. Segundo Baker, Greenberg e Hemingway (2006), citados por Campaniço (2012, p. 44), numa organização feliz, os indivíduos têm “vontade de ir trabalhar todos os dias e a organização é apreciada e respeitada pela comunidade em que está inserida, que percebe a sua contribuição para uma melhor qualidade de vida”. Para Campaniço (2012), as comunicações eficazes e as relações pessoais são as verdadeiras chaves para melhorar a satisfação no trabalho.

Assim, por meio das dimensões de Trabalho Decente, pode-se compreender melhor o construto de felicidade no contexto laboral e suas interfaces, seja relacionando dimensões, seja aprofundando entendimentos, a partir da percepção dos trabalhadores.

6 Conclusões

Com base no exposto até aqui, ressalta-se a importância do papel dos profissionais da POT e gestores como um todo, de serem agentes transformadores do espaço social, além de produzir reflexões acerca do Trabalho Decente, com o objetivo de

contribuir na construção de uma sociedade mais igualitária e humana, de modo que as diversas vozes presentes no contexto social possam ser ouvidas e compartilhem do espaço público, buscando o bem comum. (MARTINS; SILVA, 2020, p. 161).

É necessário compreender o conceito de Trabalho Decente como variável de qualidade de vida, bem-estar e Felicidade no trabalho, atendo-se à importância da construção de recursos e forças individuais e relacionais, conforme apontado em estudos conduzidos sob a perspectiva da Psicologia Positiva. Desta feita, ao encerrar-se o presente artigo, coloca-se o seguinte questionamento: em “que tipo de mundo você deseja viver e que papel você quer desempenhar nele?” (DI FABIO; BUCCI, 2016, p. 2).

Apesar da relevância do tema Felicidade, considerado como direito fundamental dos seres humanos, até o momento não foi localizado nenhum estudo empírico, na área da psicologia, associando o construto ao Trabalho Decente. Para aprofundar o debate, sugere-se que

o conceito de Trabalho Decente seja mais estudado pela POT, sob a perspectiva da Psicologia Positiva. Desta feita, pesquisas poderiam responder, por exemplo, em que medida o construto de Trabalho Decente é preditor ou se relaciona com a percepção de Felicidade no contexto laboral. Essa compreensão embasaria de forma teórica e prática o florescimento do mundo do trabalho, trazendo ganhos para trabalhadores e para as próprias organizações.

Referências

ALLAN, B. A.; AUTIN, K. L.; DUFFY, R. D.; STERLING, H. M. Decent and meaningful work: a longitudinal study. **Journal of Counseling Psychology**, Washington D.C., 67(6), p. 669-679, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1037/cou0000432>. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/record/2020-20926-001>. Acesso em: 31 mar. 2022.

AMORIM, H. S. O direito fundamental ao trabalho digno como baliza hermenêutica dos direitos do trabalhador terceirizado. In: DELGADO, G. N. **Direito fundamental ao trabalho digno no século XXI**: desafios e reinterpretaciones para as relações de trabalho rurais, urbanas e de serviços. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2020. p.248-268.

BLUSTEIN, D. A relational theory of working. **Journal of Vocational Behavior**, Amsterdã, 79(1), p. 1-17, 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.jvb.2010.10.004>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0001879110001697>. Acesso em: 31 mar. 2022.

BOEHS, S. T. M.; SILVA, N. Bem-estar, felicidade e satisfação de vida na aposentadoria: construindo reflexões. In: BOEHS, S. T. M.; SILVA, N. (org.). **Psicologia positiva nas organizações e no trabalho**: conceitos fundamentais e sentidos aplicados. São Paulo: Vetor, 2017. p. 208-224.

BUDDE, C.; SILVA, N. Impactos na percepção de felicidade no trabalho após um processo de redução nas políticas e nas práticas de gestão de pessoas. **Psicología desde el Caribe**, Barranquilla, 7 (I), p. 40-69, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/psdc.37.1.305.56>. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/psdc/v37n1/2011-7485-psdc-37-01-40.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022.

CAMPANIÇO, E. N. T. N. **Felicidade organizacional**: proposta de escala de medida para as organizações em Portugal. 2012. Dissertação (Mestrado em Gestão) – Universidade Atlântica, Barcarena, Portugal, 2012.

DEJOURS, C. **A loucura do trabalho**: estudos de psicopatologia do trabalho. 6. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2018. 222p.

DI FABIO, A.; BUCCI, O. Green positive guidance and green positive life counseling for decent work and decent lives: some empirical results. **Frontiers in Psychology**, Lausana, 7 (Mar.), p. 1-7, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.3389/fpsyg.2016.00261>. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2016.00261/full>. Acesso em: 31 mar. 2022.

DI FABIO, A.; GORI, A. Assessing workplace relational civility (WRC) with a new multidimensional "Mirror" measure. **Frontiers in Psychology**, Lausana, 7 (June), p. 1-12, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.3389/fpsyg.2016.00890>. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2016.00890/full>. Acesso em: 31 mar. 2022.

DI FABIO, A.; KENNY, M. E. From decent work to decent lives: Positive Self and Relational Management (PS&RM) in the twenty-first century. **Frontiers in Psychology**, Lausana, 7 (Mar.), p. 1-12, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.3389/fpsyg.2016.00361>. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2016.00361/full>. Acesso em: 31 mar. 2022.

DUTRA, R.; FILGUEIRAS, V. A. A polêmica sobre o conceito de terceirização e sua regulação. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, Campinas, p. 1-31, 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.33239/rjtdh.v4.93>. Disponível em: <http://revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/93>. Acesso em: 31 mar. 2022.

FARSEN, T. C.; BOEHS, S. D. T. M.; DAROSCI, A. S. R.; BIAVATI, V. D. P.; SILVA, N. Qualidade de vida, bem-estar e felicidade no trabalho: sinônimos ou conceitos que se diferenciam? **Interação em Psicologia**, Curitiba, 22(1), p. 31-41, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/psi.v22i1.48288>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/psicologia/article/view/48288>. Acesso em: 31 mar. 2022.

FERRARO, T.; PAIS, L.; DOS SANTOS, N.R. Decent work: an aim for all made by all. **International Journal of Social Sciences**, Praga, IV(3), p. 30-42, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.20472/ss2015.4.3.003>. Disponível em: <https://www.eurrec.org/ijoss-article-193>. Acesso em: 31 mar. 2022.

FERRARO, T.; DOS SANTOS, N. R.; PAIS, L.; MÓNICO, L. Historical landmarks of decent work. **European Journal of Applied Business Management**, Porto, 2(1), p. 77-96, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/303675107_Historical_landmarks_of_decent_work. Acesso em: 31 mar. 2022.

FERRARO, T.; MOREIRA, J. M.; DOS SANTOS, N. R.; PAIS, L.; SEDMAK, C. Decent work, work motivation and psychological capital: an empirical research. **Work: A Journal of Prevention, Assessment & Rehabilitation**, Amsterdã, 60(2), p. 339-354, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.3233/WOR-182732>. Disponível em: <https://content.iospress.com/articles/work/wor2732>. Acesso em: 31 mar. 2022.

FERRARO, T.; PAIS, L.; DOS SANTOS, N. R.; MOREIRA, J. M. The Decent Work Questionnaire: development and validation in two samples of knowledge workers. **International Labour Review**, Hoboken, 157(2), p. 243-265, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1111/ilr.12039>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/ilr.12039>. Acesso em: 31 mar. 2022.

FERRARI, L. E. Decent employment and subjectivity in the workplace: notes for an agenda of labor policies in citizenship terms. **Orientación y Sociedad**, La Plata, 9, p. 1-8, 2009.

FERREIRA, M. C. **Qualidade de vida no trabalho**: uma abordagem centrada no olhar dos trabalhadores. Brasília, DF: Edições Ler, Pensar, Agir, 2011. 374p.

GALLO, Ó.; GONZALES-MIRANDA, D. R.; ROMAN-CALDERON, J. P.; GARCÍA, G. A. Decent work and healthy employment: a qualitative case study about Colombian millennials. **International Journal of Workplace Health Management**, Bingley, 13(5), p. 477-495, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1108/IJWHM-04-2019-0053>. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/IJWHM-04-2019-0053/full/html>. Acesso em: 4 nov. 2022.

GRAÇA, M.; PAIS, L.; MÓNICO, L.; DOS SANTOS, N. R.; FERRARO, T.; BERGER, R. decent work and work engagement: a profile study with academic personnel. **Applied Research in Quality of Life**, Dordrecht, 16, p. 917-939, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1007/s11482-019-09780-7>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11482-019-09780-7>. Acesso em: 31 mar. 2022.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua**. Rio de Janeiro: IBGE, 1º trimestre de 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-na-cional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=des-taques>. Acesso em: 11 jun. 2021.

IŞIK, E.; KOZAN, S.; IŞIK, A. N. Cross-Cultural Validation of the Turkish Version of the Decent Work Scale. **Journal of Career Assessment**, Thousand

Oaks, 27(3), p. 471-489, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1177/1069072718763636>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1069072718763636>. Acesso em: 31 mar. 2022.

KRENAK, A. **Ideias para adiar o fim do mundo**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2021. 102p.

LAMA, D.; CUTLER, H. C. **A arte da felicidade**: um manual para a vida. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 364p.

MARTINS, T. C.; SILVA, R. B. A psicologia no CRAS: articulações possíveis para a participação popular. **Revista Polis e Psique**, Porto Alegre, 10(1), p. 144–163, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.22456/2238-152x.92600>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/PolisePsique/article/view/92600>. Acesso em: 25 out. 2022.

MENDONÇA, H.; FERREIRA, M. Florescimento no trabalho (flourishing): novo conceito, velho fenômeno. In: VAZQUEZ, A.; HUTZ, C. (org.). **Aplicações da psicologia positiva**: trabalho e organizações. São Paulo: Hogrefe, p. 85-199, 2018.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil**: uma estratégia de ação baseada no diálogo social. Brasília, DF: OIT, 2015. 201p.

PEREIRA, S. A.; DOS SANTOS, N. R.; PAIS, L.; ZAPPALÀ, S. Decent work in the Economy for the Common Good reports: a documentary analysis. **Qualitative Research in Organizations and Management: An International Journal**, Bingley, 16(1), p. 191-217, 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.1108/QROM-02-2020-1896>. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/QROM-02-2020-1896/full/html>. Acesso em: 31 mar. 2022.

RIBEIRO, A. D. S.; SILVA, N. Significados de felicidade orientados pela psicologia positiva em organizações e no trabalho. **Psicología desde el Caribe**, Barranquilla, 35(1), p. 60- 79, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/psdc.35.1.11157>. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/psdc/v35n1/2011-7485-psdc-35-01-60.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022.

RIBEIRO, M. A. Contribuições da psicologia para repensar o conceito de trabalho decente. **Revista Psicologia**: Organizações e Trabalho, Brasília, DF, 20(3), p. 1114-1121, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.17652/rpot/2020.3.19488>. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?>

script=sci_abstract&pid=S1984-66572020000300009&lng=es&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 31 mar. 2022.

RIBEIRO, M. A.; TEIXEIRA, M. A. P.; AMBIEL, R. A. M. Decent work in Brazil: context, conceptualization, and assessment. **Journal of Vocational Behavior**, Amsterdã, 112(Mar.), p. 229-240, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.jvb.2019.03.006>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0001879119300533?via%3Dihub>. Acesso em: 31 mar. 2022.

SALGADO, G. N. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: Ltr, 2015. 224p.

SANTOS, N. R. Decent work expressing universal values and respecting cultural diversity: propositions for intervention. **Psychologica**, Coimbra, v. 62, n. 1, p. 233-250, 2019. DOI: http://dx.doi.org/10.14195/1647-8606_62-1_12. Disponível em: https://impactum-journals.uc.pt/psychologica/article/view/1647-8606_62-1_12. Acesso em: 25 out. 2022.

SBPOT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSICOLOGIA ORGANIZACIONAL E DO TRABALHO Psicologia do trabalho e das organizações: não atuamos pela cisão. In: MANIFESTO da Associação Brasileira de Psicologia Organizacional e do Trabalho. Brasília, DF: SBPOT, 2009.

SELIGMAN, M. E. P. **Florescer**: uma nova compreensão sobre a natureza da felicidade e do bem-estar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. 333p.

SHENG, X.; ZHOU, H. The effect of decent work on voice behavior: the mediating role of thriving at work and the moderating role of proactive personality. **Current Psychology**: a Journal for Diverse Perspectives on Diverse Psychological Issues, New Brunswick, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1007/s12144-020-01173-6>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12144-020-01173-6>. Acesso em: 31 mar. 2022.

SILVA, A. D. **Sentido e significado de felicidade no trabalho para professores de uma instituição de ensino privada e sem fins lucrativos**. 2018. Tese (Doutorado em Psicologia Organizacional e do Trabalho) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/214774>. Acesso em: 31 mar. 2022.

SILVA, N.; TOLFO, S. da R. Trabalho significativo e felicidade humana: explorando aproximações / Meaningful work and human happiness: exploring approaches. **Revista Psicologia**: Organizações e Trabalho,

Brasília, DF, 12(3), p. 341–354, 2012. Disponível em: <http://search.bvsalud.org/portal/resource/en/lil-682953>. Acesso em: 26 out. 2022.

SILVA, N.; PIRES, J. G.; DE CARLI, V.; RIBEIRO, A. D.; BUDDE, C. Inventário de Felicidade no Trabalho: evidência de validade em adultos brasileiros. **Revista Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, DF, 2021 (no prelo).

STARLING, C. A obra em que Karl Marx concluiu que a história acontece como tragédia e se repete como farsa. **Aventuras na História**, São Paulo, 21 dez. 2020. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/a-obra-em-que-karl-marx-concluiu-que-a-historia-acontece-como-tragedia-e-se-repete-como-farsa.phtml>. Acesso em: 11 maio 2021.

TOLFO, S. R.; SILVA, N. Os significados e os sentidos positivos do trabalho. In: BOEHS, S. T. M.; SILVA, N. (org.). **Psicologia positiva nas organizações e no trabalho**: conceitos fundamentais e sentidos aplicados. São Paulo: Vetor, 2017. p. 98-114.

VIEIRA JR., I. Farol das Almas. In: VIEIRA JR., I. **Doramar ou a Odisseia**. São Paulo: Todavia, 2021. p. 24-26.

A inconsistência lógica da prescrição retroativa

Danilo Barbosa Sodré da Mota

Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direito Público.

Resumo: O artigo tem por escopo analisar e criticar a prescrição retroativa, à luz dos fundamentos da prescrição penal e da finalidade da estipulação de um prazo processual. Primeiramente, explicam-se as razões da existência da prescrição penal em geral, bem como as suas espécies. Realiza-se análise histórica da prescrição penal, esclarece-se como se deu sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, apontando as sucessivas alterações legislativas que ocorreram até chegar ao seu regramento atual. A partir daí, passa-se a analisar a prescrição sob perspectiva teleológica, levando-se em consideração a finalidade do instituto enquanto prazo processual. Nesse ponto, analisa-se não só sua natureza de prazo, mas também todos os fatores imprevisíveis que influenciam na fixação da pena e, consequentemente, no prazo prescricional. Ao fim, conclui-se que a estipulação de um prazo retroativo, como é a prescrição retroativa, fere a própria finalidade dos prazos, que reside na ciência antecipada de data-fim para a realização de determinado ato.

Palavras-chave: prescrição da pena; prescrição retroativa.

Sumário: 1 Introdução. 2 Fundamentos e natureza jurídica da prescrição penal. 2.1 Espécies de prescrição penal. 2.2 Prescrição retroativa no Direito Penal brasileiro até a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, e a Súmula n. 604 do STF. 2.3 Prescrição retroativa a partir da vigência da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. 3 Requisitos para a incidência da prescrição retroativa. 3.1 Trânsito em julgado para a acusação ou improvemento de seu recurso. 3.2 Pena em concreto. 4 Crítica à prescrição retroativa. 4.1 A inconsistência lógica na fixação de um prazo retroativo. 5 Considerações finais.

1 Introdução

A prescrição retroativa consiste em uma das espécies de prescrição existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Tal modalidade prescricional tem por fundamento a fixação de prazo com base na reprimenda fixada no édito condenatório, a pena individualizada para o caso concreto. Quantificada a sanção, calcula-se o prazo prescricional, o qual retroage, podendo ter por termo inicial data anterior à da prolação do édito condenatório. O instituto é produto de construção pretoriana, resultante de uma interpretação da redação original do Código Penal de 1940. Com o decorrer dos anos, o entendimento jurisprudencial foi positivado, alterando-se a legislação para assentar tal espécie de prescrição.

Para a maioria da comunidade jurídica atuante, o instituto não causa qualquer tipo de estranheza. Todavia, trata-se de um prazo prescricional aplicado em momento anterior ao qual é calculado. Tal fato resulta em imprevisibilidade do tempo limite para a persecução penal.

O artigo em tela tem por escopo demonstrar a incoerência na fixação de um prazo retroativo, levando-se em consideração o contexto jurídico no qual esse prazo se insere. Para tanto, deve-se ter em mente o cenário histórico que possibilitou o nascedouro do instituto em destaque, além da essência e dos pilares nos quais se baseia a prescrição penal. A elaboração do artigo utilizará a técnica de revisão bibliográfica, com exame de livros, leis e julgados relacionados ao tema.

2 Fundamentos e natureza jurídica da prescrição penal

A ocorrência do fato criminoso resulta no surgimento da pretensão punitiva do Estado, o *jus puniendi*. Caso os órgãos incumbidos de levar a cabo a sanção não o façam durante determinado período de tempo, a reprimenda não mais poderá ser imposta ao agente criminoso. Trata-se da perda do direito de punir.

Segundo Bitencourt (2014, p. 888), "o primeiro texto legal que tratou da prescrição foi a *Lex Julia*, datada do ano 18 a.C.", e "o desenvolvimento do instituto da prescrição processou-se lentamente através dos séculos, sendo admitido no direito germânico e no direito de outros povos".

Historicamente, não há como apontar uma única razão para a existência da perda da pretensão punitiva estatal. Ao contrário, a doutrina, sob a ótica de diferentes políticas criminais, enumera diversos fundamentos que se propõem a dar sustentabilidade jurídica ao instituto, a saber: o esquecimento do fato (teoria do esquecimento); a recuperação do delinquente (teoria da emenda do delinquente, teoria da expiação moral e teoria psicológica); o perecimento do conteúdo probatório (teoria da dispersão das provas); e a inércia estatal.

Na primeira hipótese mencionada, considera-se o fim da exigência de uma reação contra o delito, partindo do pressuposto de que, se o tempo não fulmina a memória dos acontecimentos, ao menos a reduz ou a enfraquece. O alarma e a reprovação social seriam fatores justificantes da repressão estatal. Entretanto, o decurso do tempo resultaria na extinção paulatina de tais fatores, fazendo desaparecer, a partir de um enfoque utilitário, o interesse no qual se baseia a pretensão punitiva. É possível fazer uma conexão entre a teoria do esquecimento e a prevenção geral positiva enquanto aspecto da pena, tendo em vista que a reafirmação da confiança no Direito Penal não seria mais necessária em face do desmemoramento dos fatos delitivos.

No segundo caso, no que se refere à teoria da emenda do delinquente, o longo lapso temporal decorrido sem que o indivíduo tenha praticado outro delito seria um indicador de que ele se reajustou, o que tornaria despicienda a sanção criminal. Presumem-se a mudança de comportamento e a regeneração do ser humano após certo período. Aqui, se privilegia a prevenção especial positiva como vetor da reprimenda. Isso porque, operada a reintegração social da pessoa, o escopo da reprimenda já teria sido atingido. A legislação pátria, de certa forma, consagrou tal entendimento, uma vez que previu a interrupção do prazo prescricional pela reincidência (Código Penal, art. 117, VI). Ou seja, se o indivíduo volta a cometer um crime, permanece a finalidade da pena.

Ainda em relação à recuperação do delinquente, foram desenvolvidas a teoria da expiação moral e a teoria psicológica. A primeira defende que o passar dos anos traz consigo o sofrimento decorrente da possibilidade de persecução penal em desfavor do indivíduo, o que já seria uma pena suficiente. A segunda

funda-se na ideia de que, com o decurso do tempo, o criminoso altera o seu modo de ser e de pensar, tornando-se pessoa diversa daquela que cometeu a infração penal, motivando a não aplicação da pena. (NUCCI, 2011, p. 609).

Em seguida, no tocante à terceira hipótese, tem-se a noção de que o decurso do tempo enfraquece o suporte probatório, fazendo com que os vestígios desapareçam e as testemunhas não sejam encontradas ou não se recordem de forma consistente do ocorrido. Como consequência, a qualidade da apuração do crime restaria prejudicada, o que teria reflexos, inclusive, na defesa do réu.

Por último, a falta de ação por parte do Estado teria como resultado o ônus da prescrição. Para tal corrente, deve existir regra que limite, no aspecto temporal, o exercício da ação penal. Além disso, considera-se aqui a célebre conclusão de Rui Barbosa (1921), quando mencionou que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. Nesse ponto, exsurge mais claro o conceito de segurança jurídica na aplicação do Direito Penal, cujo desiderato seria obstar a ameaça de punição por período demasiadamente longo.

Em relação à natureza jurídica da prescrição, existem três orientações. A concepção jurídico-material do instituto foca unicamente na perda do *jus puniendi*, posicionando a prescrição no campo do direito material, sem qualquer relação com o direito formal. Os efeitos processuais seriam apenas consequências da extinção do poder punitivo do Estado no caso concreto.

Outra parcela da doutrina entende que a prescrição está inserida no direito formal, pois constitui obstáculo ao início ou prosseguimento do processo penal, encontrando fulcro em razões de natureza processual.

Note-se que o esquecimento do fato e a recuperação do delinquente alinham-se à concepção jurídico-material, porquanto dizem respeito mais especificamente à finalidade da aplicação da pena. De outro lado, a inércia estatal e o perecimento do conteúdo probatório se aproximam da concepção jurídico-processual, uma vez que se relacionam ao exercício da ação penal em si ou à sua viabilidade, respectivamente.

Uma terceira posição, intermediária, leva em consideração ambos os aspectos mencionados, pelo que a prescrição teria natureza mista.

Sem olvidar a inseparabilidade dos ramos material e processual do Direito, ao que parece tem predominância na doutrina brasileira a concepção jurídico-material da prescrição, seja porque se conecta mais, do ponto de vista epistemológico, aos fins da pena, seja porque o instituto está previsto como causa de extinção de punibilidade no Código Penal (CP, art. 107, IV).

2.1 Espécies de prescrição penal

Há diversas espécies de prescrição no ordenamento jurídico. As diferenças traçadas pela taxonomia do instituto baseiam-se na existência de uma sentença condenatória no caso concreto e em eventual definitividade dessa sentença.

Praticado o fato típico e enquanto não sobrevém o trânsito em julgado da decisão condenatória, o Estado possui apenas expectativa de efetuar uma punição. Tem-se, nesse momento, a pretensão de obter uma condenação. Caso isso não seja feito no tempo limite previsto, haverá a prescrição da pretensão punitiva, cuja contagem do prazo tem início, por via de regra, logo após a ocorrência do crime (CP, art. 111).

Por outro lado, a prolação de decisão condenatória irrecorrível coincide com o termo da ação penal, ocasião na qual a sentença se torna um título executivo estatal. Em sequência, nasce para o Estado a possibilidade de fazer cumprir o comando da sentença, o que deve ser feito também dentro de determinado prazo, agora relacionado ao *quantum* fixado na decisão (CP, art. 110). Caso não o faça, haverá a prescrição da pretensão executória.

Dito isso, no decorrer do processo e na vigência da prescrição punitiva, enquanto inexistente qualquer decisão condenatória ou quando tal decisão ainda não transitou em julgado para a acusação, o prazo prescricional regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (CP, art. 109). Trata-se da prescrição baseada na pena em abstrato, cujo espeque reside na inexistência, até esse momento processual, de uma pena individualizada para o caso.

Após a superveniência de uma decisão condenatória que não esteja sujeita a recurso da acusação, o prazo prescricional será regulado

pela reprimenda aplicada no feito (CP, art. 110, § 1º). Em outras palavras, a prescrição será baseada na pena em concreto. Parte-se da ideia de que, na impossibilidade de aumento da pena em face da proibição da *reformatio in pejus*, torna-se injusto cálculo que toma por base a pena máxima aplicada.

O reconhecimento da prescrição com base na pena em concreto pode se dar de duas formas. Denomina-se superveniente ou intercorrente quando o transcurso do prazo se dá após a sentença, a qual serve de referência para a própria nomenclatura em questão.

No entanto, a partir do cálculo do prazo com base na pena em concreto, também é possível que se aplique a prescrição na sua forma retroativa, levando-se em consideração eventual transcurso do prazo em momento anterior à sentença. Nesse caso, a contagem do prazo não pode ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa (CP, art. 110, § 1º).

Como construção doutrinária, há ainda a prescrição retroativa antecipada, também chamada de prescrição virtual. Tal modalidade nada mais é do que o reconhecimento, diante das peculiaridades do caso concreto, de uma certa prescrição retroativa, mesmo que esta não haja ocorrido até aquele momento processual. A aplicação da prescrição virtual é vedada pela Súmula n. 438 do Superior Tribunal de Justiça, a qual preleciona: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal".^[1] Não obstante a existência da súmula, a prescrição virtual é aplicada por alguns magistrados no momento do recebimento da denúncia, quando estes vislumbram que a pena a ser fixada, invariavelmente, remeterá a prazo prescricional já escoado no momento da sentença.

2.2 Prescrição retroativa no Direito Penal brasileiro até a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, e a Súmula n. 604 do STF

A redação do Código Penal de 1890 era obscura no tocante ao critério adotado para o cálculo do prazo prescricional. Da literalidade da norma não se inferia, de forma clara, se a reprimenda a ser utilizada como base do cálculo deveria ser a pena *in abstracto* ou *in concreto* (GUARAGNI, 2008, p. 95).

Posteriormente, sobreveio o Decreto Federal n. 4.780, 27 de dezembro de 1923, cujo art. 35 modificou o Código Penal, trazendo o primeiro delineamento normativo sobre o assunto:

Art. 35. As disposições dos artigos precedentes são aplicáveis, de acordo com o que estabelece o art. 78 do Código Penal, à prescrição da ação penal, regulando-se esta pelo máximo da pena abstratamente cominada na lei, ou pela que for pedida no libelo, ou, finalmente, pela que for imposta em sentença de que somente o réu houver recorrido.^[2]

À luz desse dispositivo, a aplicação retroativa do prazo prescricional foi pleiteada, em 1931, perante o 2º grau de jurisdição em São Paulo, tendo sido rechaçada pela Corte.

Em 1º de janeiro de 1942, entrou em vigor o Código Penal de 1940, cuja redação do art. 110, parágrafo único, era a seguinte: "Parágrafo único. A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos".^[3]

Em um primeiro momento, doutrina e jurisprudência, de forma majoritária, interpretaram a norma no sentido de se aplicar a prescrição com base na pena em concreto somente após a sentença condenatória. Esta leitura do artigo era reforçada pela presença da expressão "depois de".

Todavia, em 1946, na concessão da ordem no *Habeas Corpus* n. 28.638 por maioria de votos, tem-se notícia da aplicação retroativa da prescrição no âmbito do Supremo Tribunal Federal (GUARAGNI, 2008, p. 97), encetando-se, a partir daí, uma série de debates no âmbito do Pretório Excelso. Surgia aqui uma nova corrente interpretativa, que operava exegese liberal e ampla do dispositivo em comento.

A título ilustrativo, interessante trazer à baila excerto do embate argumentativo entre os ministros Nelson Hungria e Luiz Gallotti, no *Habeas Corpus* n. 38:^[4]

O SENHOR MINISTRO LUIZ GALLOTTI: O Código Penal dispõe no § único do art. 110 que, não recorrendo a acusação, a prescrição, depois da sentença, se conte pela pena concreto, mas depois da sentença, como está escrito na lei, e não antes. Esta é que é a nossa divergência.

O SENHOR MINISTRO NELSON HUNGRIA: Meu argumento é que, assim entendendo o dispositivo, seria absolutamente ocioso. Jamais se duvidou, nem seria possível duvidar que, sobrevindo a sentença condenatória e não apelando o M.P., a prescrição se regulasse, daí em diante, pela pena imposta. O que o Código estatui é que, em tal caso, se é suficiente o tempo decorrido entre a última causa interruptiva da prescrição e a sentença condenatória, a prescrição deve ser conhecida.

O SENHOR MINISTRO LUIZ GALLOTTI: Não seria ocioso, porque, tratando-se ainda da prescrição da ação penal, se não fôra a exceção aberta no citado § único do art. 110, ela continuaria a se regular pelo máximo da pena, como está expresso no art. 109. Acresço que, pelo Código, a sentença condenatória é interruptiva da prescrição (art. 117, IV).

O SENHOR MINISTRO NELSON HUNGRIA: Interruptiva, quando o período já transcorrido é insuficiente para a prescrição relacionada à pena *in concreto*. Se é suficiente, não há nada que interromper.

Nelson Hungria, o relator do feito, afirmava que, “concretizada a pena, com a qual concordou o Ministério Público, essa é a pena que *ab initio* era justa”, sendo possível o transcurso do prazo prescricional entre marcos interruptivos anteriores à sentença. Nelson Hungria defendia que entender de forma diversa seria esvaziar o art. 110, parágrafo único, do CP vigente à época. Para o ministro, do art. 110, *caput*, já se extraía que a pena em concreto regularia a prescrição caso não houvesse recurso do Ministério Público. Mesmo que o art. 110, *caput*, falasse apenas do trânsito em julgado para ambas as partes, tal conclusão seria óbvia porque em casos de recurso exclusivo da defesa, a pena não poderia ser aumentada em vista da proibição da *reformatio in pejus*. Em outras palavras, Hungria entendia que o art. 110, *caput*, já tratava da prescrição com base na pena em concreto quando ausente recurso da acusação, enquanto o art. 110, parágrafo único, previa a retroatividade dessa espécie de prescrição. Com espeque nesse raciocínio, pode-se afirmar que o jurista invocava princípio basilar de hermenêutica jurídica segundo o qual a lei não contém palavras inúteis: *verba cum effectu sunt accipienda*.

Luiz Gallotti, por sua vez, argumentava que a prescrição com base na sanção aplicada só incidiria em intervalo de tempo posterior à sentença, asseverando ainda que o édito condenatório é marco interruptivo da prescrição. Para o ministro Gallotti, o Código Penal era claro e seus

artigos definiam com precisão situações distintas. O art. 110, *caput*, previa a aplicação do prazo prescricional com base na pena em concreto em face do trânsito em julgado para ambas as partes, enquanto o art. 110, parágrafo único, esclarecia que, se houvesse trânsito em julgado para a acusação, a prescrição também seria calculada com base na pena aplicada, podendo ser declarada a partir da sentença condenatória.

O embate argumentativo descrito configurou um divisor de águas no entendimento da Suprema Corte, a qual, não obstante tenha oscilado em alguns momentos, vinha se posicionando, até então, pela inviabilidade da retroação do prazo prescricional.

Em 13 de dezembro de 1963, foi aprovada a Súmula n. 146 do STF, com a seguinte redação: "A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação".^[5]

A edição do verbete sumular consagrou o entendimento da corrente encabeçada por Nelson Hungria. Por volta de 1965, com base na súmula e no quadro normativo vigente, o STF aplicava a prescrição retroativa com possibilidade de fixação do termo inicial na data do fato (GUARAGNI, 2008, p. 100). Tal aplicação expansiva da prescrição foi alvo de severa censura por parte de parcela da comunidade jurídica.

Talvez em face de tais críticas, o Código Penal de 1969, em sua redação original, tolhia a prescrição retroativa, o que se depreende da expressão "daí em diante", contida no art. 111, § 1º, daquele diploma: "A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também, daí por diante, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos".^[6]

A intenção de expurgar o instituto foi declarada ostensivamente no ponto 37 da Exposição de Motivos do Código, redigida por Gama e Silva:

37. Em matéria de prescrição, o projeto expressamente elimina a prescrição pela pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela se *regula também, daí por diante* pela pena imposta. Termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão. (SILVA, 1969, p. 163. Grifo no original).

Apesar da menção somente à pena em concreto e não à sua aplicação retroativa, é claramente possível deduzir que Gama e Silva tratava da prescrição retroativa. A uma, porque o próprio dispositivo estabelece a utilização da pena imposta na sentença e, a duas, pelo grifo conferido à expressão “daí por diante”.

Entretanto, a Lei n. 6.016, datada de 31 de dezembro de 1973, emendou o Código Penal de 1969, alterando o art. 111, § 1º, cuja redação seria a que segue: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos”.

Suprimiu-se, portanto a expressão “daí por diante”. O dispositivo andou em sentido diametralmente oposto ao artigo original do Código, reforçando a presença da prescrição retroativa no ordenamento jurídico.

Como é cediço, o Código Penal de 1969 nunca entrou em vigor. O período de *vacatio legis* foi postergado diversas vezes e, em 11 de outubro de 1978, o *codex* foi revogado pela Lei n. 6.578.

Em 24 de maio de 1977, a Lei n. 6.416 alterou novamente o art. 110 do Código Penal de 1940, substituindo o parágrafo único por dois parágrafos:

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos.

§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.

Frente a esse quadro normativo, em 29 de outubro de 1984, a Suprema Corte publicou a Súmula n. 604, a qual possui a seguinte redação: “A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade”.^[7]

Naquele momento, assentou-se que a norma trazida dizia respeito, de fato, à pretensão executória, e não à ação penal em si, além de não incidir sobre os demais efeitos da reprimenda. O verbete veio à tona durante a *vacatio legis* da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, conhecida como Reforma do Código Penal. Portanto, ainda vigia o Código de 1940.

O tratamento dado ao instituto foi alvo de críticas, pois afirmou literalmente que a prescrição retroativa extingue a pretensão executória sem que tenha havido trânsito em julgado do feito, o que significa que a possibilidade de executar a pena é fulminada antes de começar a existir (GUARAGNI, 2008, p. 104). Em outras palavras, quando presente a prescrição retroativa, a pretensão executória "morreria", sem sequer ter "nascido". Tal constatação é, no mínimo, um paradoxo semântico.

2.3 Prescrição retroativa a partir da vigência da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984

A novel legislação alterou a parte geral do Código Penal de 1940, estabelecendo a seguinte redação para o art. 110 e parágrafos:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

O novo texto consignou expressamente a possibilidade de transcurso do prazo prescricional entre a data do fato e o recebimento da denúncia, instituindo fase extremamente liberal da prescrição retroativa. Prejudicou-se, de forma intensa, a defesa social. A prescrição pela pena em concreto poderia ser declarada em momento anterior ao início do processo, remetendo a tempo em que o inquérito policial era vigente e sequer a denúncia havia sido apresentada.

Como bem aponta Guaragni (2008, p. 112-113), "nem pelas ideias primitivas que deram base à Súmula 146, formuladas por Hungria, admitia-se a retrotração a período anterior ao recebimento da denúncia". Hungria entendia que o prazo prescricional era contado da última causa interruptiva em diante, desconsiderando a sentença enquanto interrupção, uma vez que a prescrição pela pena fixada (a "pena justa") já havia se escoado.

Em 2 de julho de 2003, o deputado Antônio Carlos Biscaia apresentou o Projeto de Lei n. 1.383, que postulava a seguinte alteração do § 1º do art. 110 do CP:

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão. (BISCAIA, 2003, p. 34.250).

Inferese claramente da literalidade da proposição inicial a tentativa de findar a retroatividade da prescrição no ordenamento jurídico. Da forma como foi redigido o projeto, admitir-se-ia apenas a prescrição superveniente, a correr após o momento de fixação da reprimenda. Por oportuno, vide trecho da Justificativa do Projeto:

A prática tem demonstrado, de forma inequívoca, que o instituto da prescrição retroativa, consigne-se, uma iniciativa brasileira que não encontra paralelo em nenhum outro lugar do mundo, tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade, em especial naqueles crimes perpetrados por mentes preparadas, e que, justamente por isso, provocam grandes prejuízos, seja à economia do particular, seja ao erário, ainda dificultando sobremaneira a respectiva apuração.

É sabido que essa casta de crimes (p. ex. o estelionato e o peculato) reclama uma difícil apuração, em regra exigindo que as autoridades se debrucem sobre uma infinidade de documentos, reclamando, ainda, complexos exames periciais, o que acaba redundando, quase sempre, em extinção da punibilidade, mercê da prescrição retroativa, que geralmente atinge justamente o período de investigação extra-processual. (BISCAIA, 2003, p. 34251).

No entanto, após os debates legislativos, o projeto sofreu emendas. A Justificativa de Emenda apresentada pelo Deputado Fernando Coruja sintetiza pensamento contraposto ao do autor do projeto:

A redação original do Projeto de Lei desloca o termo inicial da contagem do prazo prescricional da data do fato para a data da publicação da sentença transitada em julgado.

A inovação faz com que o Estado, a despeito de sua ineficiência para o julgamento dos réus que processa, retire o benefício da prescrição da defesa, apoderando-se dela como dono do tempo do réu.

Atualmente, por exemplo, há previsão de 20 anos para que o Estado profira decisão sobre um crime cuja pena máxima seja de 12 anos. A despeito da longevidade, este tempo não tem sido suficiente para que o Judiciário dê uma resposta ao caso *sub judice*.

Com a aprovação do Projeto de Lei, este mesmo Estado se serviria de uma fórmula para mascarar sua ineficiência, elastecendo o prazo prescricional e, desta forma, garantiria, a prolação da sentença em tempo legal. Entretanto, este artifício não garante a agilização do procedimento, o que faz o Código Penal perca um dos seus objetivos: o caráter pedagógico pela contemporaneidade da pena aplicada.

O escopo desta emenda serve à amenização deste critério de contagem para a prescrição, considerando o seu termo inicial como o dia da denúncia ou queixa, a fim de que se garanta ao réu a segurança jurídica devida. (CORUJA, 2007, p. 8459).

A discussão parlamentar foi vencida por aqueles que defendiam o fim da prescrição retroativa apenas no tocante ao lapso temporal anterior à denúncia ou queixa.

Em 5 de maio de 2010, a Lei n. 12.234 alterou o § 1º e revogou o § 2º, ambos do art. 110 do CP, estabelecendo o regramento atual da prescrição retroativa:

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Voltou-se, portanto, a um arcabouço normativo bastante similar ao da Lei n. 6.416, de 1977, com a ressalva de que o dispositivo vigente não afirma que se trata de renúncia da pretensão executória. Destarte, a prescrição retroativa é classificada pela doutrina como uma espécie de prescrição da pretensão punitiva, pois diz respeito a tempo no qual não havia trânsito em julgado do feito.

3 Requisitos para a incidência da prescrição retroativa

Conforme se deduz do artigo regente, o estabelecimento da prescrição pela pena em concreto, seja na forma superveniente ou retroativa,

exige trânsito em julgado para a acusação ou desprovemento de seu recurso. Em tais situações, a pena aplicada regulará o prazo prescricional, conforme o disposto no art. 109 do CP.

Registre-se que o legislador não firmou prazos diferenciados para a prescrição pela pena em concreto. Ao contrário, optou por fórmula remissiva, de forma que a prescrição retroativa ou superveniente é calculada com base nos mesmos períodos estipulados para a prescrição pela pena máxima cominada.

3.1 Trânsito em julgado para a acusação ou improvemento de seu recurso

Em se tratando de recursos no processo penal, uma vez prolatada a sentença condenatória, quatro situações distintas podem ocorrer: a) interposição de apelação pelo Ministério Público; b) interposição de apelação por ambas as partes; c) interposição de apelação pela defesa; d) ausência de recurso de apelação.

Nas duas primeiras hipóteses, até o julgamento em segundo grau, a pena máxima é utilizada para o cálculo prescricional. Caso seja desprovida a apelação da acusação, a prescrição passa a ser calculada com base na reprimenda fixada, podendo ser declarada, de forma retroativa, entre o recebimento da denúncia e a sentença. Se provido o recurso ministerial, o prazo prescricional pela pena em concreto não retroage, sendo aplicado apenas desse ponto em diante, desde que haja aumento de pena que importe em alteração da faixa prescricional disposta no art. 109 do Código Penal.

Todavia, se o recurso do Ministério Público não visar ao aumento da pena ou, ainda, se do apelo não decorrer alteração da faixa de cálculo prescricional, o provimento do pleito da acusação não criará óbice à prescrição retroativa (JESUS, 2010, p. 156-157).

Se apenas a defesa apelar, a reprimenda concretizada na sentença será utilizada para calcular o prazo, que poderá ser aplicado retroativamente. Caso o tribunal opere redução da pena, o novo quantitativo será utilizado para o cálculo.

Por fim, inexistindo recurso de ambas as partes, o montante fixado na sentença será utilizado para calcular o prazo prescricional, a incidir de forma retroativa ou intercorrente.

3.2 Pena em concreto

Como já mencionado, a aplicação retroativa da prescrição demanda o cálculo com base na pena fixada no caso em concreto. Por motivos óbvios, não poderia ser diferente. Caso o prazo fosse calculado sempre com base na previsão abstrata, não seria possível sua aplicação retroativa, pois, constatado que tal período de tempo escoou após a data do recebimento da denúncia, declarar-se-ia a prescrição em momento anterior à sentença. Se o prazo não se esgotasse e sobreviesse a sentença, não haveria alteração da faixa de cálculo.

Desde o art. 35 do Decreto Federal n. 4.780, de 1923 (mencionado no item 1.2), o ordenamento jurídico brasileiro albergou a ideia de utilização da pena fixada em concreto para o cálculo da prescrição. Nesse ponto reside a ideia de que, uma vez descoberta a pena justa para o feito, não haveria mais razão para se utilizar a pena máxima como parâmetro. Pelo contrário, a utilização da pena individualizada atende aos ditames da justiça, pois permite traçar diferenças entre crimes de gravidades distintas. À luz dos fundamentos da prescrição (expostos no item 1), é salutar que um homicídio simples privilegiado (CP, art. 121, § 1º), cuja pena tenha sido fixada em quatro anos, tenha prazo prescricional diferente de um homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º), que tenha a sanção firmada em 25 anos.

O ponto a ser doravante criticado neste estudo, também rechaçado por grande parte da doutrina, é a retroação do prazo, e não seu recálculo após a fixação da pena.

4 Crítica à prescrição retroativa

A celeuma em face do instituto tratado no presente expediente reside no ponto central da discussão entre Gallotti e Hungria, ambos ministros da Suprema Corte quando da edição da Súmula n. 146. O debate acerca da finalidade da expressão "depois", inserida no dispositivo da

época, definiu a existência da modalidade retroativa da prescrição. Caso a posição do ministro Gallotti houvesse prevalecido, apenas a prescrição intercorrente estaria presente no ordenamento pátrio.

Hodiernamente, diante do quadro normativo posto, o debate se esmoreceu.

No decorrer dessa peleja, o foco da discussão foi, muitas vezes, a interpretação da redação do Código Penal, de forma a se perder de vista a própria razão de ser da prescrição penal.

O *jus puniendi* deve ceder ao tempo apenas em face da ausência de finalidade da pena (para os que se alinham à concepção jurídico-material da prescrição) ou pela morosidade no exercício da ação penal ou sua inviabilidade (caso dos que se filiam à concepção jurídico-processual). Quando o Estado prolata sentença condenatória em desfavor de um réu, consigna expressamente que tem interesse na pena e que a sanção tem finalidade. Da mesma forma, a ação penal foi ajuizada a tempo (tanto que não transcorreu prescrição em abstrato) e era viável, motivo pelo qual resultou em sentença condenatória.

Nesse contexto, o critério de cálculo prescricional com base na pena justa, fixada na decisão judicial, não pode sobrepor a análise da própria finalidade da pena. Tal sobreposição não vem da utilização desse critério em momento posterior à decisão, mas sim de sua retroatividade. A supervalorização da "pena justa" enquanto forma de calcular a prescrição não pode ser vista como mais importante do que a própria prescrição em seu cerne. Nunca é demais reafirmar: se há sentença condenatória, é evidente o interesse estatal no *jus puniendi*.

Conforme será explorado adiante, não há coerência e racionalidade na determinação de um prazo a ser aplicado em momento anterior ao qual foi calculado, mormente porque calculado com base em dado inexistente à época de seu termo final. Quando se aplica a prescrição retroativa, se utiliza a pena fixada na sentença, a qual é estipulada após o transcurso do prazo sobre o qual incide essa modalidade de prescrição.

Além disso, a publicação da sentença e do acórdão condenatórios recorríveis são marcos interruptivos do prazo prescricional (CP, art. 109, IV). Ou seja, sobrevindo tais decisões, o prazo deve recomeçar. A

retroatividade da prescrição desconsidera que, para a estipulação da pena em concreto, é necessário que tais decisões sejam prolatadas, o que interrompe o prazo.

Portanto, o atual quadro normativo e sua interpretação partem das seguintes premissas: a) o édito condenatório é prolatado, fixando uma pena para o réu; b) interrompe-se o prazo prescricional; c) desconsidera-se a interrupção, porque a pena fixada era a justa desde o início e deve ser utilizada para calcular a prescrição retroativa, de modo que, na verdade, não havia nada a interromper, mesmo que isso só possa ser aferido após o próprio édito condenatório.

Em outras palavras, subverte-se a lógica do marco interruptivo: no lugar de causar o reinício do prazo, o marco é utilizado para afirmar que tal prazo já havia transcorrido.

4.1 A inconsistência lógica na fixação de um prazo retroativo

O *Dicionário Houaiss* (2009) tem as seguintes definições para a palavra *prazo*: a) tempo determinado; b) período de tempo; c) tempo em que algo deve ser feito; d) imóvel enfitêutico, rural ou urbano; aforamento.

O último significado não interessa ao presente estudo. Os três primeiros têm algo em comum: denotam um lapso temporal certo. O terceiro vai mais além e especifica a utilização mais usual da palavra: tempo em que algo deve ser feito. Tal concepção de prazo é a presente no cotidiano do Direito. São inúmeras as normas processuais, em todos os campos da Ciência Jurídica, que preveem uma data limite para a consecução de atos.

Por mais óbvio que seja, vale relembrar o funcionamento dessa sistemática: a) estipula-se um período de tempo, um prazo; b) o destinatário desse prazo é comunicado, de forma antecipada, de sua extensão; c) o prazo começa a correr; d) se o destinatário realizar o ato antes do fim do prazo, tal ato será tido como válido; e) caso o prazo se encerre antes da realização do ato, o destinatário não poderá mais realizá-lo, ou, se o fizer, não surtirá qualquer efeito.

Percebe-se que a estipulação de um prazo é ligada à ideia de expectativa. Há uma predefinição das regras do jogo, para que o destinatário

não seja pego de surpresa e possa elaborar sua linha de ação e executá-la conforme o intervalo estipulado.

É essa a concepção teleológica dos prazos: lapso temporal, previsto e comunicado de forma antecipada, cujo término resulta em perecimento da pretensão do indivíduo. Como corolário desse conceito, o prazo leva em consideração o tempo ainda não transcorrido, o futuro. Não o passado.

É neste último ponto que reside o problema central da prescrição retroativa: é um instituto jurídico que consiste em um prazo a ser aplicado em período de tempo passado.

A inconsistência lógica de um prazo que retroage é patente. Fulmina-se completamente a pretensão do destinatário (o Estado ou o querelante, no caso da prescrição retroativa), porque este não respeitou prazo do qual não tinha conhecimento. Pelo contrário, tal prazo só veio a ser calculado e informado depois, até porque o cálculo dependia de informação que não existia (a pena fixada).

Imagine-se a seguinte situação: o Aluno A (que representa o Estado-Acusação) deve entregar um trabalho para o Professor B (que representa o Estado-Juiz), docente da Universidade X (Estado). Considere-se também a existência do Aluno C (defesa). A partir daí, inicia-se o seguinte diálogo:

– Oi, Professor B, tudo bem?

– Oi, Aluno A, tudo bem comigo, e com você?

– Tudo bem também. Professor, quanto tempo tenho para entregar o trabalho?

– Depende.

– Como assim?

– É porque o prazo de entrega depende da nota que eu atribuir ao seu trabalho. Se você tirar 10, o prazo é de 60 dias. Se tirar 9, é 50 dias. Se tirar 8, é 40 dias. E por aí vai...

– Mas eu não sei quanto eu vou tirar!

– Eu sei que você não sabe. Há uma infinidade de coisas que eu levarei em consideração na nota. Não sei se você conseguirá ler todos os textos necessários para atingir o máximo (leia-se: obtenção de provas). Muitos dos critérios de avaliação são incertos, variam de professor para professor (leia-se: oscilação jurisprudencial). E também, no fim das contas, essa coisa de nota é meio subjetiva, os docentes divergem muito (leia-se: dosimetria da pena).

– Mas tinha que ter um prazo fixo! Por que é assim?

– São as regras (leia-se: legislação) da Universidade X. A verdade é que eu vou estipular o prazo depois que você me entregar o trabalho, com base em todas essas coisas que eu te falei. E ainda tem outra coisa...

– O quê?

– Se o Aluno C me mandar outros trabalhos para corrigir (leia-se: atos processuais da defesa), eu vou corrigir o trabalho de vocês só mais para frente. E nesse caso, vou considerar o dia de entrega como o dia em que fiz a correção (leia-se: dia da sentença ou acórdão). Mas isso não vai refletir no cálculo do seu prazo.

– Que absurdo!

– É a vida...

Enquanto a forma de avaliação do Professor B refere-se aos inúmeros fatores que influenciam na decisão judicial e na pena, a situação relativa ao Aluno C tem por escopo representar casos em que a atuação da defesa acaba por atrasar a prolação da sentença ou acórdão, o que não altera o cálculo da prescrição, a qual retroage, mesmo que a acusação não tenha dado causa ao referido atraso.

Trata-se de uma subversão completa da sistemática, seja no campo do Direito, seja em qualquer área: um prazo estipulado após o seu esgotamento, a partir de critérios não sabidos quando do seu início e fluência.

Como se extrai das analogias realizadas na situação hipotética acima, é impossível antever o deslinde de uma ação judicial, o que torna ainda mais grave esse quadro. Além dos diversos elementos que alteram a duração do processo, não há como prever o quantitativo da reprimenda.

A título exemplificativo, a pena do crime de roubo qualificado por lesão corporal grave (CP, art. 157, § 3º, I) varia de 7 a 18 anos. Se fixada em 8 anos, a pena resultará em um prazo prescricional de 12 anos (CP, art. 109, III). Caso seja fixada em 13, o prazo prescricional será de 20 anos (CP, art. 109, I). Tal variação causa um acréscimo de 8 anos no prazo. De uma forma geral, sempre que o intervalo da pena base for extenso, a oscilação de pena será significativa. Frise-se que, dentro do intervalo da pena base, além das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, incidirão as atenuantes e agravantes, o que também promove diferença no montante da pena. Na terceira fase, é possível que se aplique causa de aumento ou diminuição que sequer havia sido pleiteada. Relembre-se, por fim, que também é possível que o juiz efetue *emendatio libelli* na sentença (CPC, art. 383), o que remeterá a aplicação da sanção a um intervalo de pena completamente diferente, situação na qual a imprevisibilidade aqui apontada toma sua forma mais extrema.

Portanto, não bastasse a inadequação de um prazo retroativo, não há como sequer prever a extensão de tal prazo. Tal prognóstico dependeria de dois prenúncios: tempo de duração do processo e pena a ser fixada. A grandeza do prazo é uma surpresa, a qual demanda do Estado um exercício de adivinhação (BUSATO, 2017, p. 591). Talvez por isso não se tenha notícia de algo parecido em outro lugar do mundo.

Com relação a esse ponto, colacione-se trecho do voto do Ministro Dias Toffoli, relator do *Habeas Corpus* n. 122.694, no qual realizou detida análise do Direito comparado:

A prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena aplicada na sentença constitui peculiaridade do Código Penal brasileiro, não encontrando similar, até onde é possível discernir, em nenhum outro ordenamento jurídico.

Registro, na parte que interessa, as seguintes legislações alienígenas:

- a) O Código Penal Alemão distingue “prescrição da ação penal”, baseada na pena máxima abstratamente cominada ao crime (§§ 78 e 78.a), de “prescrição da execução” da pena (§ 79), essa sim regulada pela pena aplicada.
- b) O Código Penal Italiano prevê, no art. 157, a “extinção do delito” que se verifica pelo decurso do tempo correspondente ao máximo da pena

cominada, nunca inferior a seis anos na hipótese de crime e a quatro anos quando se tratar de contravenção.

Já no art. 172, ao tratar da prescrição da pena, que se inicia no dia em que a condenação se torna definitiva, estabelece que a pena de reclusão se extingue com o decurso de tempo equivalente ao dobro da pena infligida, em todo caso nunca superior a trinta nem inferior a dez anos.

c) O Código Penal Espanhol, no art. 131, ao tratar da “prescrição do delito”, prevê que os crimes prescrevem em 20 anos quando a pena máxima cominada for de 15 anos ou mais de prisão; em 15 anos, se a pena máxima for a de prisão entre 15 e 10 anos; em 10 anos, quando a pena máxima for prisão superior a 5 anos e não superior a 10, e em 5 anos para os demais crimes, exceto injúria e calúnia, que prescrevem em um ano.

A legislação espanhola trata com maior rigor a prescrição das penas impostas por sentenças definitivas, uma vez que, no art. 133 do Código Penal, determina que prescrevem em 30 anos as penas superiores a 20 anos; em 25 anos, as de prisão iguais ou superiores a 15 anos e que não excedam a 20; em 20 anos, as de prisão superiores a 10 e inferiores a 15 anos; em 15 anos, as de prisão por mais de 5 e que não excedam a 10; em 10 anos, as demais penas graves; em 5 anos, as penas menos graves, e em 1 ano, as penas leves.

d) O Código Penal Português distingue “prescrição do procedimento criminal” (art. 118º), de “prescrição das penas”, a qual “começa a correr no dia em que transitar em julgado a decisão que tiver aplicado a pena”.

A legislação portuguesa, à semelhança da espanhola, estabelece prazos de prescrição da pretensão executória superiores aos prazos de prescrição da pretensão punitiva, com o nítido propósito de prestigiar a efetividade da sanção penal.

e) O Código Penal Argentino prevê, no art. 59, que a “ação penal” se extinguirá pela prescrição nos lapsos temporais abstratamente estabelecidos em seu art. 62.

No art. 65, estabelece que as penas de reclusão ou prisão prescrevem em tempo igual ao da condenação e que as penas de multa prescrevem em dois anos, contados esses prazos da meia-noite do dia em que notificado o réu da condenação definitiva (art. 66).

f) O Código Penal Colombiano distingue “prescrição da ação penal” e “prescrição da sanção penal”. Determina, no art. 83, que a “ação penal” prescreverá em um tempo igual ao máximo da pena fixada em lei, se for privativa de liberdade, mas em nenhum caso será inferior a 5 anos nem excederá a 20, salvo genocídio, desaparecimento forçado e tortura, que prescrevem em 30 anos.

No art. 89, estabelece que a pena privativa de liberdade, ressalvados tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico colombiano, prescreve no termo para ela fixado na sentença ou no restante a executar, não sendo, em nenhum caso, inferior a 5 anos.

g) O Código Penal Chileno determina, no art. 94, que a ação penal prescreve, nos crimes a que se comina prisão perpétua, em 15 anos e, nos demais crimes, em 10 anos. Por sua vez, ao tratar da prescrição das penas impostas por “sentença executória” (art. 97) – que se inicia na data do trânsito em julgado da sentença ou da sua violação, desde que se tenha iniciado o seu cumprimento (art. 98) –, estabelece os mesmos prazos genéricos para a prescrição da ação penal, sem considerar a quantidade de pena concretizada na sentença.

h) O Código Penal Mexicano determina que a ação penal prescreverá em um “prazo igual ao termo médio aritmético da pena privativa de liberdade cominada por lei ao delito de que se trate, mas em nenhum caso será inferior a três anos” (art. 105).^[8]

No HC mencionado, o STF decidiu pela constitucionalidade da Lei n. 12.234, de 2010, que restringiu a aplicação da prescrição retroativa à data posterior ao recebimento da denúncia. No caso, a defesa pleiteava a declaração de inconstitucionalidade da legislação, alegando que o direito à prescrição é, implicitamente, direito fundamental, e que a inovação trazida pela lei eliminou possibilidades de reconhecimento desse direito.

A irresignação contra a mudança foi fruto do *status* de “normalidade” atingido pela prescrição retroativa. A comunidade jurídica atual é integrada por gerações de juristas que nasceram na vigência da redação original da Reforma de 1984, que positivou o pensamento imbuído na Súmula n. 146 do STF.

Não só parou-se de questionar o malfadado instituto, como se chegou ao disparate de arguir a inconstitucionalidade da lei supramencionada, com base em um suposto “direito fundamental à prescrição

retroativa a ser declarada entre a data do fato e do recebimento da denúncia." Essa é posição, inclusive, de renomados autores, a saber, Cezar Bitencourt (2014, p. 908), para quem a supressão operada pela lei viola o princípio da proporcionalidade e a garantia da razoável duração do processo. Tal constatação causa espanto.

Quanto à legislação estrangeira, percebe-se que há clara separação entre os momentos anterior e posterior à fixação da pena, o que reforça o raciocínio de que a decisão condenatória evidencia o interesse do Estado em repreender o réu, utilizando-se, após a sentença, o critério da pena justa, individualizada para cada caso. Pelo que se sabe, em nenhuma outra nação, além do Brasil, chegou-se à conclusão de que esse critério deve prevalecer a ponto de retroagir, ferindo a lógica da estipulação de um prazo e em detrimento de uma pena cuja finalidade é clara, justamente porque foi imposta na condenação.

A ironia de Damásio de Jesus, citado por Guaragni (2008, p. 125), reflete de forma fidedigna a prescrição retroativa:

Isso lembra a história de um sacerdote que, na missa de sábado à noite recomendou aos fiéis que a procissão do dia seguinte seria às quatro horas da tarde, salvo se viesse a chover, caso em que ela seria realizada às nove horas da manhã.

5 Considerações finais

O ponto central do presente artigo é simples: a prescrição é um prazo, e prazos não retroagem. A fixação de um lapso temporal, cuja data final constitui o limite para a realização de determinado ato, parte dos seguintes pressupostos: a) a ciência do destinatário acerca do tamanho do lapso; b) o início da contagem do tempo em momento posterior à ciência.

A obstinação de parcela da comunidade jurídica pela prescrição com base na pena justa, a pena fixada na sentença, criou um instituto teratológico: um requisito temporal calculado com elementos descobertos após a sua própria data-fim.

Nessa cruzada liberal, perdeu-se de vista a própria razão de ser da prescrição: avaliar a viabilidade da ação penal e a utilidade da imposição da pena, ambas reforçadas pelo édito condenatório.

Que se dê outro nome a essa aberração jurídica formada pelo ordenamento pátrio. Não é um prazo.

Acrescente-se a esse panorama a completa ausência de previsibilidade acerca da duração do processo e do montante da sanção.

A inconstitucionalidade da prescrição retroativa é sustentada por Guaragni (2008, p. 125), por ferimento aos princípios da certeza e utilidade dos prazos, os quais decorrem do devido processo legal (Constituição Federal, art. 5º, LIV).

Solução diferente, sugerida por Busato (2017, p. 591), aponta que o Estado poderia tomar a pena mínima como referência, o que subverteria a aplicação do próprio artigo que regula a matéria. No entanto, o próprio autor adverte que a terceira fase da dosimetria pode levar à sanção aquém do mínimo estipulado no preceito secundário da norma incriminadora.

Como contraponto, não se deve perder de vista a razoável duração do processo. De fato, não se pode eternizar a possibilidade de persecução penal. Mas de tal constatação não decorre a manutenção da modalidade prescricional retroativa. O princípio pode ser resguardado diretamente pela previsão dos prazos anteriores e posteriores à fixação da pena, com a previsão parcimoniosa de marcos interruptivos, sem necessidade de qualquer retroação.

Infelizmente, a redação original do Projeto de Lei n. 1.383, de 2003, que gerou a Lei n. 12.234, de 2010, não foi aprovada. Caso fosse, manter-se-ia a utilização do critério da pena justa, aplicando-o após a condenação, como é feito em tantos outros países.

De qualquer forma, certo é que a prescrição retroativa merece ser banida do Direito brasileiro pelas razões expostas neste estudo. A ausência desse instituto em outros ordenamentos conhecidos nos dá um sinal de quão infeliz é a sua existência.

Diante de todo esse quadro, a melhor solução seria o delineamento de um novo arcabouço legislativo, sem a possibilidade de prescrição retroativa e com prazos equilibrados, a resguardar, em um só tempo, a razoável duração do processo e a análise acerca da utilidade de imposição da pena.

Referências

- BARBOSA, RUI. **Oração aos moços**. Discurso aos bacharelados da Faculdade de Direito de São Paulo em 1920. [S. l.]: Martinelli, 1921.
- BISCAIA, Antonio Carlos. Projeto de Lei n. 1.383, de 2003. Altera os artigos 109 e 110 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. [Revoga a prescrição retroativa, determina a contagem da prescrição somente a partir do recebimento da denúncia ou da queixa de um crime]. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, 22 jul. 2003. p. 34250-34251. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=122756>. Acesso em: 5 out. 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- CORUJA, Fernando. Emenda [de Plenário] n. 4, de 2007. Ao Substitutivo do Projeto de Lei n. 1.383, de 2004, do Senhor Antonio Biscaia, que altera os artigos 109 e 110 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, 7 mar. 2007. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/CD%2041%202007%2011409FINAL.pdf#page=172>. Acesso em: 5 out. 2018.
- GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade**: crítica ao sistema prescricional brasileiro. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2008.
- HOUAISS, A. *et al.* **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Versão Monousuário 3.0. Instituto Antonio Houaiss. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2009.
- JESUS, Damásio de. **Prescrição penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVA, Luis Antonio Gama e. Exposição de motivos do Código Penal de 1969. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 6, n. 24, p. 153-170, out./dez. 1969. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496757>. Acesso em: 12 set. 2018.

Notas

- [1] “Súmula 438 - É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 438**. Brasília, 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=438>. Acesso em: 19 set. 2022).
- [2] BRASIL. **Decreto Federal n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923**. Estabelece penas para os crimes de peculato, moeda falsa, falsificação de documentos, e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1923. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4780-27-dezembro-1923-568835-publicacaooriginal-92160-pl.html>. Acesso em: 10 set. 2018.
- [3] BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 12 set. 2018.
- [4] “Prescrição: deve ser declarada se entre o momento da última causa interruptiva e a sentença condenatória, de que não apelou o Ministério Público, decorreu tempo suficiente, tendo-se em vista a pena concretizada.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus n. 38.186. Pacte.: Maria Rosa Costa Pereira Gomes. Impte.: Valed Perry. Relator: Min. Nelson Hungria. **Diário de Justiça**, 7 ago. 1961).
- [5] “Súmula 146. A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 146**. Brasília, 1963. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2050>. Acesso em: 19 set. 2022).
- [6] BRASIL. **Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 set. 2018.
- [7] “Súmula 604. A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 604**. Brasília, 1984. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula604/false>. Acesso em: 19 set. 2022).
- [8] “Habeas corpus. Penal. Prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena aplicada na sentença. Incidência entre a data do fato e a do recebimento da denúncia. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 110, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.234/2010.

Abolição, apenas parcial, dessa modalidade de prescrição. Exame da proporcionalidade em sentido amplo. Submissão da alteração legislativa aos testes da idoneidade (adequação), da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Constitucionalidade reconhecida. Liberdade de conformação do legislador. Inexistência de ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da humanidade da pena, da culpabilidade, da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), da isonomia (art. 5º, II, CF) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). Análise de legislação comparada em matéria de prescrição penal. Ordem denegada." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* n. 122.694. Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário da Justiça Eletrônico**, 19 fev. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=301797629&ext=.pdf>. Acesso em: 5 out. 2018. p. 43-51).

Acordo de não persecução penal: o limite da retroatividade do art. 28-A do Código de Processo Penal

Fernando Pereira de Azevedo

Analista do MPU – apoio jurídico/Direito. Atualmente é 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 o limite da aplicação retroativa do art. 28-A do Código de Processo Penal, notadamente para as ações penais que apuram ilícitos cometidos anteriormente à vigência da Lei n. 13.964/2019, legislação que positivou no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade do oferecimento do acordo de não persecução penal. Com efeito, o acordo de não persecução penal (ANPP), inicialmente previsto no art. 18 da Resolução n. 181/2017 do CNMP e posteriormente disciplinado pelo art. 28-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, é mais uma medida de caráter despenalizador implementada no sistema jurídico brasileiro com o objetivo de fortalecer um modelo de justiça consensual, promovendo, assim, uma atuação estatal na esfera penal mais célere, efetiva e econômica. Entre os pontos controvertidos relacionados a essa matéria, está o limite temporal em que é cabível o oferecimento do ANPP. Assim, em um primeiro momento, analisar-se-ão os antecedentes históricos do acordo de não persecução penal e sua implementação inicial pelo art. 18 da Resolução n. 181/2017 do CNMP. Após, procurar-se-á demonstrar a divergência na jurisprudência dos tribunais superiores e na doutrina sobre o limite da aplicação retroativa do art. 28-A do CPP. Por derradeiro, refletir-se-á sobre os posicionamentos existentes acerca do marco temporal adequado para a retroatividade do acordo de não persecução penal.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; aplicação temporal; limite da retroatividade.

Sumário: 1 Introdução. 2 Os antecedentes históricos do acordo de não persecução penal e sua implementação inicial com base no art. 18 da resolução n. 181/2017 do CNMP. 2.1 A positivação do acordo de não persecução penal e a controvérsia sobre a sua aplicação temporal. 3 Conclusão.

1 Introdução

O acordo de não persecução penal (ANPP), como medida de caráter despenalizador, foi inicialmente previsto no art. 18 da Resolução n. 181/2017 do CNMP, contudo apenas com a Lei n. 13.964/2019, que incluiu o art. 28-A no Código de Processo Penal, o aludido instrumento foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Para Silva (2021, p. 72), o ANPP é a mudança mais profunda, em termos de impactos no sistema criminal, promovida pela referida legislação e muito se assemelha ao instituto *plea bargain* do direito anglo saxônico (SILVA, 2021, p. 72). Por sua vez, para Bem e Martinelli (2020), o acordo de não persecução penal se propõe a auxiliar no desfogo do abarrotado sistema de justiça criminal, bem como a evitar a estigmatização e a dessocialização que decorrem da ação penal.

Trata-se de uma medida despenalizadora, com o nítido propósito de servir como mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. E assim se entende, porque, como se sabe, a ordem jurídica confia ao Ministério Público a obrigatoriedade da ação penal pública, e a alternativa proposta de transação processual mitiga essa realidade da norma cogente. O princípio regente dessa nova forma de solução da controvérsia penal é o da oportunidade ou discricionariedade regrada, pelo qual o titular da ação pode dispor da persecução penal em favor de uma proposta alternativa.

No entanto, em que pese ao inegável avanço desse marco regulatório para o sistema criminal brasileiro, a interpretação conferida pelos tribunais brasileiros sobre a aplicação do acordo de não persecução penal aos fatos delituosos praticados anteriormente à vigência da Lei n. 13.964/2019, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça, tem restringido o seu alcance, notadamente diante da vedação do oferecimento desse benefício após o recebimento da denúncia. Nesse sentido, o precedente a seguir colacionado, proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o qual originou o tema repetitivo n. 1.098:

RECURSO ESPECIAL. PROPOSTA DE JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. LEI 13.964/2019. APLICAÇÃO RETROATIVA EM BENEFÍCIO DO RÉU. (IM)POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. RECURSO ESPECIAL AFETADO.

1. Delimitação da controvérsia: "(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia".
2. Recurso especial afetado ao rito dos recursos repetitivos, com fundamento no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e no art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016.
3. Não se aplica à hipótese o disposto na parte final do § 1º do art. 1036 do Código de Processo Civil (suspensão do trâmite dos processos pendentes), haja vista que a questão será julgada com brevidade. (STJ. ProAfR no REsp n. 1890343/SC. Relator: min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julg. 8.6.2021, public. 15.6.2021).

No mesmo sentido do precedente anteriormente mencionado, temos um julgado da Primeira Turma do egrégio Supremo Tribunal Federal, conforme a ementa que se transcreve a seguir:

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. A Lei n. 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*.
2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia.
3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP.

5. *Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: "o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia".* (STF. AgRg no HC n. 191.464/SC. Relator: min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julg. 11.11.2020, public. 26.11.2020, grifo nosso).

Em que pese aos julgados acima mencionados, a questão ainda não foi pacificada e está sendo debatida atualmente pelo Plenário do Supremo Tribunal federal por ocasião do julgamento do HC n. 185.913/DF.

Frise-se que o acordo de não persecução penal consiste em *novatio legis in mellius*, uma vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida em que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento.

Cumpra esclarecer, também, que a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Área Criminal) editou o Enunciado n. 98, o qual prevê a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução criminal a qualquer tempo, desde que ocorra antes do trânsito em julgado da ação criminal. Vejamos:

Enunciado n. 98

É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão.

Alterado na 187ª Sessão de Coordenação, de 31/08/2020. (MPF, 2020b).

Ante a acentuada controvérsia sobre o tema, faz-se necessário averiguar o verdadeiro alcance do acordo de não persecução penal, notadamente diante do expressivo interesse jurídico e social provocado pelo referido instituto e o seu potencial alcance de um elevado número de ações penais em curso. Dessa forma, o artigo terá por objetivo analisar questões teórico-práticas sobre a retroatividade do art. 28-A do Código de Processo Penal, especialmente o seguinte questionamento: O oferecimento do acordo de não persecução penal aos agentes que tenham praticado fatos delituosos antes da vigência da Lei n. 13.964/2019 está limitado ao recebimento da denúncia?

Evidenciada está, como se vê, a atualidade do tema apresentado e destaca-se que seu estudo se amolda ao objetivo de desenvolvimento sustentável (ODS) número 16, ou mais precisamente o 16.3, da Organização das Nações Unidas (ONU, [2020]), através do qual o Brasil se compromete a promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e a garantir a igualdade de acesso à justiça para todos.

2 Os antecedentes históricos do acordo de não persecução penal e sua implementação inicial com base no art. 18 da Resolução n. 181/2017 do CNMP

O acordo de não persecução penal representa mais um passo da legislação penal brasileira rumo à justiça penal consensual. Nesse sentido, Lopes Jr. (2020, p. 49) esclarece que a transação penal e a suspensão condicional do processo, ambas com previsão na Lei n. 9.099/1995, podem ser consideradas como antecedentes históricos do aludido instituto. Também é possível incluir, no rol de antecedentes da justiça criminal negocial no Brasil, a colaboração premiada, prevista no art. 13 da Lei n. 9.807/1999, o acordo de leniência, previsto no art. 16 da Lei n. 12.846/2013, e a colaboração premiada para obtenção de provas, prevista no art. 3º, inciso I, da Lei n. 12.850/2013. Todas essas iniciativas demonstram a expansão da justiça negocial no processo penal brasileiro.

Vasconcellos (2014, p. 11) esclarece que tais iniciativas representam uma tendência contemporânea do reconhecimento pelo Estado quanto à importância da cooperação do acusado com a persecução

penal, seja pelo reconhecimento de sua culpabilidade, seja pela incriminação de terceiros, ou por ambos, com o propósito de facilitar a atividade persecutória estatal, e assim dar celeridade à marcha processual. Por sua vez, sobre o acordo de não persecução penal, Silva Júnior (2021, p. 24) pondera acerca do aludido instituto:

Eis aí o germe de uma nova forma de fazer justiça em nosso meio: atividade judicante mais célere e efetiva, com a simplificação da atuação do judiciário por meio da negociação entre as partes.

Em verdade, uma revolução, propugnando, com a reengenharia do processo, a própria modificação estrutural e funcional do judiciário em si, a partir da busca de solução em que os próprios interessados constroem a decisão, tendo como premissa a ideia de que as partes não são capacitadas apenas para gerar o conflito, mas, acima de tudo, para encontrar a solução mais viável.

No ambiente propriamente criminal, esses institutos sinalizam um modelo político-criminal diferente daquele impregnado da tendência paleorrepressiva, simbolicamente representada pela Lei dos Crimes Hediondos. Afastam o *hard control*, adequado ao Estado repressivo, e conferem azo ao *soft control*, com participação ativa das próprias partes, transmutação afinada com o estilo democrático, cujo esteio é a busca de uma solução consensuada para a problemática criminal estudada no caso concreto por meio do processo.

E mais. A solução consensuada do problema criminal encontra apoio na parte final do *caput* do art. 144 da Constituição, ao concitar o próprio autor do crime a colaborar com a segurança pública, cuja responsabilidade também lhe é atribuída pelo preceito constitucional em foco.

Tendo como norte esses objetivos e ideais, em especial a adoção de soluções alternativas que proporcionassem celeridade à resolução de casos penais menos graves, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução n. 181/2017, posteriormente alterada pela Resolução n. 183/2018, regulamentação que, entre outras disposições, disciplinou o oferecimento do acordo de não persecução penal pelo Ministério Público e os pré-requisitos para a concessão do aludido benefício. De acordo com a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF, 2020a), o *Parquet* Federal celebrou 1.199 acordos com base na aludida regulamentação e, dentro desse cenário, houve um recorte com os delitos mais praticados:

contrabando ou descaminho (322 casos), uso de documento falso (188 casos), falsidade ideológica (136 casos) e estelionato (66 casos).

Pondera-se, entretanto, que a referida regulamentação teve sua constitucionalidade questionada em duas ocasiões: a primeira pelos autos da ADI n. 5790/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), e a segunda pela ADI n. 5793/DF, manejada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sob o fundamento, em síntese, de as referidas resoluções terem tratado sobre matéria reservada a disciplinamento pelo Poder Legislativo, e que teria havido, portanto, a violação do art. 22, inciso I, da CRFB/88. Para Aras (2018), tal postura pode sinalizar a reação desses setores à justiça consensual ou até mesmo ao modelo acusatório do processo penal (ARAS, 2018). Seja como for, em consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal realizada em 18 de dezembro 2021, constatou-se que ambas as ações ainda seguem em curso, tendo-se manifestado a Procuradoria-Geral da República nos dois feitos pelo reconhecimento da perda superveniente de objeto, ante a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019.

Verifica-se, portanto, que a pavimentação para a construção do acordo de não persecução penal decorre de uma evolução da justiça consensual no Brasil. Além disso, embora a inspiração para o aludido instituto negocial se origine no *plea bargain* norte-americano, notadamente pela difusão, tradição e larga utilização da justiça consensual naquele país, é importante ressaltar que a similitude entre os dois institutos se limita às suas razões político-criminais, pois, como destaca Tabosa (2020, p. 285), existe substancial diferença entre os sistemas jurídicos comparados. Por derradeiro, a referida autora (2020, p. 286) destaca a compatibilidade do acordo de não persecução penal com o processo penal democrático, evidenciando assim a conformidade do aludido instituto com os direitos fundamentais e os demais preceitos constitucionais brasileiros, afastando-o, assim, das críticas que são dirigidas ao modelo negocial estadunidense.

2.1 A positivação do acordo de não persecução penal e a controvérsia sobre a sua aplicação temporal

Conforme explicitado anteriormente, as resoluções n. 181 e n. 183 do CNMP foram alvo de severas críticas, cujo expoente foi a propositora

das ADIs n. 5790/DF e n. 5793/DF. Cumpre esclarecer que as contestações foram arrefecidas após a promulgação da Lei n. 13.964/2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, a qual positivou no ordenamento jurídico brasileiro o acordo de não persecução penal ao incluir o art. 28-A no Código de Processo Penal. O referido instrumento normativo entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020.

Em que pese a ter-se resolvido o questionamento sobre a legalidade do acordo de não persecução penal, outros questionamentos surgiram após a promulgação da Lei n. 13.964/2019, entre eles o limite da aplicação retroativa do ANPP, objeto de estudo do presente artigo.

A alegada indagação tem demandado profundos debates doutrinários e institucionais, além de julgados com interpretações completamente divergentes, não tanto pelo cabimento da retroação, que parece ser unânime, e sim sobre até que fase da marcha processual a retroatividade alcançará, conforme explicita Calabrich (2020, p. 355):

E quanto a processos antigos, já em curso e relativos a crimes cometidos antes da Lei n. 13.964/2019: é possível o ANPP? Deve ele ter aplicação retroativa? A resposta é sim: o ANPP tem aplicação retroativa e pode beneficiar investigados ou acusados por fatos anteriores à Lei n. 13.964/2019. A retroatividade do ANPP parte das premissas de que se trata de um instituto tanto de natureza processual penal, de aplicação imediata mesmo para processos em curso quando ainda não superado o momento para a prática do ato (art. 2º do CPP), quanto de natureza penal, por repercutir no jus puniendi estatal. A real controvérsia diz respeito a até que momento o ANPP será possível. Somente para crimes ainda não denunciados? Somente para crimes não sentenciados? Somente para crimes com condenação não transitada em julgado? Ou até mesmo para processos com condenação transitada em julgado, mas cuja pena ainda não tenha sido integralmente executada? (Grifos nossos).

Diante da delimitação proposta, ressalta-se que o entendimento predominante até o momento é aquele que admite a propositura do acordo de não persecução penal até o recebimento da denúncia. E assim se entende, pois foi essa a interpretação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, corte que possui como uma de suas atribuições a uniformização da interpretação da legislação federal em todo o Brasil, nos dois julgados representativos de controvérsia que deram origem

ao Tema n. 1098 (impossibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia), os quais por oportuno têm as ementas transcritas a seguir:

RECURSO ESPECIAL. PROPOSTA DE JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. LEI 13.964/2019. APLICAÇÃO RETROATIVA EM BENEFÍCIO DO RÉU. (IM)POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. RECURSO ESPECIAL AFETADO.

1. Delimitação da controvérsia: *“(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia”.*

2. Recurso especial afetado ao rito dos recursos repetitivos, com fundamento no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e no art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016.

3. Não se aplica à hipótese o disposto na parte final do § 1º do art. 1.036 do Código de Processo Civil (suspensão do trâmite dos processos pendentes), haja vista que a questão será julgada com brevidade. (STJ. ProAfR no REsp n. 1.890.343/SC. Relator: min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julg. 8.6.2021, public. 15.6.2021, grifo nosso).

RECURSO ESPECIAL. PROPOSTA DE JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. LEI 13.964/2019. APLICAÇÃO RETROATIVA EM BENEFÍCIO DO RÉU. (IM)POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. RECURSO ESPECIAL AFETADO.

1. Delimitação da controvérsia: *“(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia”.*

2. Recurso especial afetado ao rito dos recursos repetitivos, com fundamento no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e no art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016.

3. Não se aplica à hipótese o disposto na parte final do § 1º do art. 1036 do Código de Processo Civil (suspensão do trâmite dos processos pendentes), haja vista que a questão será julgada com brevidade. (STJ. ProAfR no REsp. n. 1.890.344/RS. Relator: min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julg. 8.6.2021, **DJe** 15.6.2021, grifo nosso).

Por sua vez, no Supremo Tribunal Federal, a Primeira Turma seguiu o entendimento adotado pelo STJ e fixou, no julgamento do Agravo Regimental em *Habeas Corpus* n. 191.464/SC, a tese sobre a aplicabilidade do ANPP a delitos praticados anteriormente à vigência da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia, conforme se verifica na ementa do aludido julgado, a seguir transcrita:

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. A Lei n. 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*.

2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia.

3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP.

5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: "*o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia*". (STF. AgRg no HC n. 191.464/SC. Relator: min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julg. 11.11.2020, public. 26.11.2020, grifo nosso).

Também nesse sentido é a conclusão adotada pelo Enunciado n. 20 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União com o Grupo Nacional de Coordenadores do Centro de Apoio Criminal, o qual por oportuno se transcreve a seguir:

ENUNCIADO 20 (ART. 28-A)

Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. (CNPGE; GNCCRIM, [2020]).

Em contrapartida, adotando uma perspectiva intermediária, Calabrich (2020, p. 356) propõe que, pela natureza híbrida da norma e por ser benéfico ao acusado, o ANPP deve ter seu alcance ampliado e ser empregado mesmo nas ocasiões em que a persecução criminal já tiver sido iniciada, contexto no qual a expressão acordo de não persecução penal seria substituída por acordo de não continuidade ou acordo de não prosseguimento da persecução penal, mantendo, no entanto, os mesmos requisitos para a sua aplicação. Dessa forma, o referido autor sugere que o marco temporal limite para o oferecimento do ANPP é a sentença, pois no seu entender, como se trata de uma decisão absoluta ou condenatória, ainda que recorrível, existe o exame e a resolução do mérito. E arremata:

Sendo o ANPP, tal qual a suspensão condicional do processo, um instituto de natureza híbrida, processual penal e penal, e sendo sua parte de direito penal material potencialmente benéfica ao réu, deve retroagir, para ser aplicado em relação a crimes anteriores ao início da vigência da Lei n. 13.964/2019 e mesmo em processos em curso nos quais ainda não tenha sido oportunizada a possibilidade de acordo – mas somente até a sentença. (CALABRICH, 2020, p. 357-358).

Esse posicionamento é compartilhado por Lopes Jr. e Josita (2020), os quais esclarecem que o ANPP, ao criar uma causa extintiva de punibilidade, adquiriu natureza mista de norma processual e penal e esta, por ser benéfica ao agente, deve retroagir para todos os feitos não sentenciados até a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019. Ainda nessa direção, Aras (2020, p. 178) acrescenta:

Também é admissível a celebração de acordo de não persecução penal após a deflagração da ação penal, sendo esta uma interpretação mais benéfica para o acusado. Em tais casos, o ANPP converte-se em acordo de não prosseguimento da ação penal. *Vide*, a propósito, o inciso XVII, do art. 3º-B do CPP. Cabe ao juiz de garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, “quando formalizados durante a investigação”.

Ações penais já em curso na data da vigência da Lei 13.964/2019 podem ser encerradas mediante a celebração de ANPP, com a decretação da extinção da punibilidade, nos termos do § 13 do art. 28-A do CPP. Cuida-se de situação semelhante à prevista no § 5º do art. 89 da Lei 9.099/1995, no tocante à suspensão condicional do processo.

Esta solução não ofende o art. 42 do CPP, porque não se tem aí desistência da ação penal, mas utilização extensiva de instituto jurídico legítimo, que atende ao interesse público, na medida em que observa os direitos da vítima e do acusado e as contingências da justiça criminal. A indisponibilidade da ação penal é preservada, porque, se descumprido o acordo, a ação volta a tramitar. O *jus puniendi* estatal restará intacto.

Nesta formatação, o acordo quanto ao não início da persecução criminal em juízo ou ao não prosseguimento desta será cabível entre a data do fato e o momento imediatamente anterior à sentença condenatória, inclusive em caso de desclassificação. Diferentemente do que ocorre com o acordo de colaboração premiada (art. 4º, § 5º, da Lei 12.850/2013), não é possível a formalização de ANPP após a decisão condenatória.

Em prosseguimento, existe uma terceira corrente, ainda mais ampliativa, que admite o cabimento do ANPP para todos os feitos que não tenham transitado em julgado. Nessa direção é o voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do feito HC n. 185.913/DF, processo por ele submetido ao Plenário da Suprema Corte, ante a importância da temática e a intensa discussão que tem ocorrido entre os operadores do Direito. No aludido voto, o referido ministro propôs a fixação da seguinte tese:^[1]

É cabível o acordo de não persecução penal em casos de processos em andamento (ainda não transitados em julgado) quando da entrada em vigência da Lei 13.964/2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento. Ao órgão acusatório cabe manifestar-se motivadamente sobre a viabilidade de proposta, conforme os requisitos previstos na legislação, passível de controle, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP. (SANTOS, 2021).

Cumprido esclarecer que, após consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal em 20 de dezembro de 2021, verificou-se que o julgamento desse feito foi designado para o dia 18 de maio de 2022. Ademais, não se desconhecem o teor do voto do ministro Gilmar Mendes e o posicionamento adotado pela Segunda Turma do STF no

juízo do HC n. 194.677/SC, contudo esse feito não tratou especificamente sobre a retroatividade do acordo de não persecução penal, conforme bem delimitou o ministro Nunes Marques em seu voto, e por essa razão não será abordado neste artigo.

A tese acima referenciada também é defendida pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, órgão que possui como atribuição, resumidamente, a coordenação, a integração e a revisão do exercício funcional dos membros do Ministério Público Federal na área criminal. Conforme já referido, em 31 de agosto de 2020, o aludido órgão editou o Enunciado n. 98, o qual prevê a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução criminal a qualquer tempo, desde que ocorra antes do trânsito em julgado da ação criminal. Nesse sentido, vejamos novamente:

Enunciado n. 98

É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão.

Alterado na 187ª Sessão de Coordenação, de 31/08/2020. (MPF, 2020b).

Destaca-se, ainda, que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região também se alinha a esse posicionamento e vem decidindo reiteradamente nesse sentido (TRF4. ACR n. 5024517-07.2016.4.04.7200/SC. Relator: Des. Leandro Paulsen, Oitava Turma, julg. 10.6.2020).

Por derradeiro, existe um último posicionamento, ainda mais extremo, que admite a aplicação do ANPP a feitos já transitados em julgado. Assim entendem Bem e Martinelli (2020), segundo os quais nem mesmo o

trânsito em julgado da sentença condenatória impede a aplicação retroativa de lei posterior favorável ao agente, e fundamentam seu entendimento no art. 2º, par. único, do CP. Em outras palavras, para os autores o limite para o oferecimento do ANPP seria o cumprimento integral da pena e, nesse caso, deve ser requerido ao juízo da execução penal que o Órgão Ministerial se pronuncie se, à época do fato, o agente preenchia os requisitos para o oferecimento do acordo de não persecução penal.

Com todas as vênias ao entendimento acima exposto, tal conclusão parece de todo desarrazoada. Nas exatas palavras de Calabrich (2020, p. 359), tal conclusão transformaria o acordo de não persecução penal em "acordo de não execução penal". Além disso, não se pode perder de vista que o ANPP é uma negociação e, como já houve a fixação de uma sanção ao agente necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, logo não subsiste qualquer interesse público para o estabelecimento de um acordo.

3 Conclusão

Pela exposição acima apresentada, observa-se que o acordo de não persecução penal é um passo que demonstra a evolução da justiça restaurativa no Brasil, na medida em que garante sanções necessárias à reprovação e à prevenção do crime praticado por meio de uma resolução consensual entre acusação e defesa, sendo uma forma de atuação que contribui para a celeridade e efetividade do sistema de justiça, além de atender aos propósitos de higidez do sistema prisional, evitando encarceramentos desnecessários.

Assim, o presente estudo destinou-se a investigar a controvérsia existente sobre a aplicação temporal do acordo de não persecução penal. Para tanto, ao longo do artigo foram examinados quatro posicionamentos, cada qual delimitando um marco temporal distinto para a retroatividade das ações penais em curso antes da vigência da Lei n. 13.914/2019, a saber: o primeiro, e atualmente predominante, entende pelo cabimento do ANPP até o recebimento da denúncia; o segundo admite o cabimento do ANPP até a prolação da sentença; o terceiro admite o cabimento do acordo de não persecução penal até o trânsito em julgado; e, por derradeiro, o último admite a aplicação do ANPP até mesmo para as ações já transitadas em julgado.

Após a análise dos mencionados posicionamentos e a reflexão sobre a mudança de paradigma no sistema penal brasileiro provocada pelo acordo de não persecução penal, o qual busca reprovar condutas criminosas, sem necessariamente impor o encarceramento, viabilizando a aplicação de um modelo repressivo eficaz no contexto de nossa realidade nacional, merece ser prestigiada a forma mais abrangente para o seu alcance. Assim, revela-se mais adequado para a resolução da controvérsia em questão o entendimento que admite o cabimento do acordo de não persecução penal até o trânsito em julgado.

Repisa-se, por derradeiro, que é exatamente essa a direção do voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC n. 185.913/DF, feito que deverá pacificar as divergências sobre a matéria e cujo julgamento segue sem data definida, após ter sido incluído e retirado da pauta de julgamento sucessivas vezes.

Referências

ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In: JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, Paulo Henrique; PARDAL, Rodrigo (org.). **Lei anticrime comentada**. São Paulo: JH Mizuno, 2020. p. 165-240.

ARAS, Vladimir. Os acordos de não-persecução penal em debate. **Blog do Vlad**, ago. 2018. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2018/08/27/os-acordos-de-nao-persecucao-penal-em-debate/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. **Jota**, São Paulo, fev. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020. Acesso em: 17 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Ag. Reg. no HC 191.464/SC**. Direito penal e processual penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Acordo de não persecução penal (art. 28-a do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. Relator: Min. Roberto Barroso, 11 de novembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **ProAfR no REsp. 1.890.343/SC**. Recurso especial. Proposta de julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. Acordo de não persecução penal – art. 28-A do Código

de Processo Penal. Lei 13.964/2019. Aplicação retroativa em benefício do réu. (Im)possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal após o recebimento da denúncia. Recurso especial afetado. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 8 de junho de 2021.

CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: MPF – Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: MPF, 2020. p. 348-365. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_2CCR_Coletanea_Artigos_FINAL.pdf. Acesso em: 19 dez. 2021.

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/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2021.

CNPG – CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO; GNCCRIM – GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL. **Enunciado n. 20**. Brasília: CNPG; GNCCRIM [2020]. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acesso em: 16 dez. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Pacote anticrime**: um ano depois. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Edição Kindle).

LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Higyña. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 21 maio 2020.

MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Acordos de não persecução penal**: “Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas”. Brasília: MPF, 2020a. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020_.pdf. Acesso em: 18 dez. 2021.

MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Enunciado n. 98**. Brasília: MPF, 2020b. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em: 16 dez. 2021.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**. Brasília: ONU Brasil, [2020]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 18 dez. 2021.

SANTOS, Rafa. Gilmar vota pela retroatividade do ANPP até o transitado em julgado. **Consultor Jurídico**, São Paulo, set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-19/gilmar-vota-retroatividade-anpp-transito-julgado>. Acesso em: 20 dez. 2021.

SILVA, Amaury. **Pacote anticrime**: doutrina e concursos. E-book Kindle: 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). In: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da et al. **Pacote anticrime**: temas relevantes. Natal-RN: OWL editora Jurídica, 2021. (Edição Kindle). p. 16-75.

TABOSA, Clarissa Villas-Bôas dos Santos. A *plea bargain* norte-americana. In: MPF – Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: MPF, 2020. p. 348-365. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_2CCR_Coletanea_Artigos_FINAL.pdf. Acesso em: 19 dez. 2021. p. 264-289.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, pág. 11. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/6943>. Acesso em: 18 dez. 2021.

Notas

- [1] Íntegra do voto do ministro Gilmar Mendes disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-anpp.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.

O ativismo judicial e os métodos tradicionais de interpretação do direito como forma de sua moderação: uma visão sobre a alegada prática de ativismo judicial na ADPF n. 672-DF

Filipe Nicholas Moreira Cavalcante de Oliveira

Servidor público pelo MPF. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (Ufal).

Resumo: O presente artigo procura apresentar o problema do ativismo judicial diante dos recentes questionamentos de interferência do Supremo Tribunal Federal no âmbito da política de enfrentamento à pandemia do coronavírus pelo Executivo Federal, focando na análise da decisão proferida na ADPF n. 672-DF. Dessa forma, faz-se a introdução contextualizando o problema do ativismo e o atual papel do STF. Em seguida, discorre-se sobre a origem do ativismo judicial e a sua moderna abordagem, destacando a sua perspectiva moderada. Após, são delineados os tradicionais cânones de interpretação jurídica, para, ao fim, examinar a ADPF n. 672, concluindo-se inexistir ativismo judicial em tal decisão.

Palavras-chave: ativismo judicial moderado; cânones de interpretação.

Sumário: 1 Introdução. 2 O ativismo judicial: um problema de natureza hermenêutica. 3 O modelo jurídico brasileiro de racionalidade. 4 Os cânones de interpretação tradicionais. 5 A decisão tomada na ADPF n. 672-DF: caso de ativismo judicial? 6 Conclusão.

1 Introdução

As críticas às decisões do Poder Judiciário, sejam oriundas da comunidade jurídica especializada, sejam da população, são salutares e inerentes ao Estado Democrático de Direito. Contudo, quando se torna comum a alegação de que as decisões jurídicas não refletem ou não guardam correspondência com os ditames objetivos do ordenamento jurídico – mas são, sim, mero produto da preferência pessoal dos juízes –, pode surgir um déficit de legitimidade das instituições

jurisdicionais, mormente, nos casos em que tal atuação interfere na atuação de outros poderes estatais.

Tal discussão, evidentemente, não é nova e remonta, ainda que sob uma roupagem diferente e com as devidas adaptações a cada momento histórico, a passados próximos e distantes, tendo em vista que o processo de interpretação das normas é uma das questões mais sensíveis e antigas do Direito.^[1] Entretanto, em relação ao denominado ativismo judicial, tal termo surgiu na primeira metade do século XX, nos EUA, em decorrência de discussões sobre casos em que a sua Suprema Corte anulou atos do Legislativo e Executivo federais e estaduais daquele país (KRELL, 2012, p. 154).

No caso da experiência brasileira, ainda que sejam considerados um tema da moda na doutrina, tais questionamentos têm-se tornado especialmente mais intensos e frequentes hodiernamente, indo além do âmbito jurídico especializado, como se pode verificar de uma simples pesquisa nas notícias do próprio sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,^[2] tendo em vista o momento histórico por que passa a República Federativa do Brasil, em que, muitas vezes, é colocado em xeque por altas autoridades da República^[3] um dos principais alicerces do arquétipo constitucional configurador de seu Estado Democrático de Direito, qual seja, a legitimidade com a qual o STF exerce a sua função de guardião da Constituição Federal.

Essa questão ganha contornos mais dramáticos nesse momento em que o mundo atravessa umas das piores crises sanitárias do século XXI, talvez a pior, consistente na pandemia do coronavírus, não tendo o Brasil restado incólume, o que, por sua vez, tem levado ao Supremo Tribunal Federal diversas discussões da mais alta sensibilidade social, como por exemplo aquelas ligadas à validade e efeitos de atos relativos a medidas de isolamento social em face de demandas de saúde pública.

Nesse sentido, foram objeto de questionamento no STF as condutas do presidente da República no combate à pandemia de covid-19, por meio da ADPF n. 672-DF, a qual foi interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) objetivando que o presidente da República adotasse as seguintes medidas: a) observação do protocolo da OMS, também seguido pelo Ministério da Saúde, a fim de que fossem adotadas medidas de isolamento social; b) respeito ao estabelecido pelos

governadores e prefeitos em relação ao funcionamento das atividades econômicas e medidas de isolamento social; c) não interferência no trabalho técnico de servidores do Ministério da Saúde; implementação de benefícios emergenciais para os desempregados, trabalhadores autônomos e informais e, bem assim, imediata inclusão daqueles que estiverem na fila do benefício social do programa Bolsa-Família; d) abstenção de tomar medidas de combate à pandemia contrárias às diretrizes técnicas e sanitárias das autoridades nacionais e internacionais; e) garantia da manutenção de medidas de isolamento social enquanto consideradas essenciais pelas autoridades sanitárias responsáveis; f) estabelecimento de procedimentos céleres e desburocratizados de implementação de medidas econômicas, especialmente aquelas destinadas aos setores mais vulneráveis.

Em casos tais, o STF tem exercido seu controle jurisdicional sobre diversas medidas de políticas de enfrentamento da pandemia, o que, muitas vezes, além de contrariar posicionamentos efetivados no âmbito da Poder Executivo Federal, tem levado o presidente da República a alegar não ter qualquer responsabilidade sobre o atual cenário da pandemia do Brasil, uma vez que o STF teria limitado seus poderes, deixando-o sem qualquer possibilidade de iniciativa.^[4]

Por oportuno, diante do caráter extremamente sensível e partidariado desse tema, é importante registrar que não é objetivo do presente artigo debater as questões de cunho não jurídico inerentes ao debate ou mesmo relativas à responsabilidade de autoridades públicas no enfrentamento da pandemia, mas, ao contrário, pretende-se distanciar-se o máximo possível de tais perspectivas de debate, focando apenas nos aspectos relativos à crítica ligada ao ativismo judicial que tais discussões, muitas vezes, ensejam.

Nesse passo, ainda que, por um lado, se possa compreender que a partidarização do tema reflita questões inerentes à própria dinâmica de disputa de poder, é inegável, por outro lado, que elas trazem consigo um importante questionamento de fundo hermenêutico constitucional.

Nesse sentido, em 7 de maio de 2020, em ato simbólico, o presidente da República cruzou a praça dos Três Poderes, a pé, juntamente com seu ministro da Economia, um grupo de políticos e empresários, além de outros agentes ligados ao setor econômico do País, saindo do Palácio

do Planalto em direção ao Supremo Tribunal Federal, sem agenda marcada ou mesmo qualquer ato processual previamente designado, para encontrar-se com o presidente do STF, a fim de exercer pressão por medidas jurídicas com vistas ao fim do isolamento social. Para isso, alegou necessidade de melhor ponderação, pois o efeito colateral do combate ao vírus não deveria ser mais danoso que a própria doença. Ora, ainda que o diálogo institucional entre os poderes da República seja salutar, mormente num contexto democrático, a maneira simbólica como tal movimento foi externado sinaliza uma crença arraigada em parcela considerável da classe política e da sociedade em geral de que o STF seria uma instância de decisão meramente voluntarista, de modo que estaria mais suscetível a pressões de ordem política do que a uma argumentação jurídico-racional.

E é justamente esse aspecto que se busca trazer à luz na presente análise, discutindo-se, primeiramente, o que é ativismo judicial e, em seguida, como o atual e deficiente modelo brasileiro de racionalidade jurídica contribui para o enfraquecimento da legitimidade de suas decisões, dando cabimento a questionamentos de ativismo judicial com as mais diversas intenções, que, muitas vezes, afastam-se da principal causa do problema.

É com o objetivo de apresentar pequeno esboço sobre esse problema com foco no modelo brasileiro de racionalidade jurídica que se passa a discutir como os métodos de interpretação podem contribuir para o seu fortalecimento e, conseqüentemente, conferir maior grau de legitimação das decisões. Ao final, faz-se uma análise exemplificativa da decisão judicial proferida na ADPF n. 672-DF, para analisar se as críticas de indevido ativismo do STF, ao limitar os poderes do presidente da República, são consistentes nesse caso específico. Como método de desenvolvimento desse estudo, serão utilizados a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, a fim de se fazer abordagem teórica e conceitual-normativa.

2 O ativismo judicial: um problema de natureza hermenêutica

Não é algo fora do comum ouvir alguém dizer que o Direito é o que juiz diz ser. Entretanto, tal afirmativa não é apenas baseada no senso comum, sendo lastreada também na denominada corrente do realismo

jurídico – perfilhada por expoentes como Alf Ross, Oliver Wendell Holmes, Karl Llewellyn, Jerome Frank, entre outros –, cujo lema pode ser sintetizado na seguinte afirmativa: “O direito é aquilo que os tribunais dizem que é”.^[5] Assim, fazendo um paralelo com tal assertiva, o Direito Constitucional seria aquilo que o Supremo Tribunal afirma, já que, no sistema jurídico brasileiro, é a última instância para decidir questões constitucionais.

Segundo Luís Roberto Barroso (2012, p. 428), o realismo jurídico teria auxiliado na superação do formalismo jurídico e da ideia mecanicista da atividade judicial. Assim, tal perspectiva seria favorável à evolução do Direito, na medida em que o procedimento burocrático de criação das leis dificilmente consegue acompanhar a evolução social, muito mais rápida e fluída, mormente quando se trata de normas inscritas numa constituição classificada como rígida (ou até super-rígida, para alguns), como é o caso da brasileira.

Contudo, se o Direito é simplesmente aquilo que o juiz diz ser, estaríamos reféns de seu subjetivismo e suscetíveis, portanto, às mais diversas arbitrariedades. Assim, o Estado de Direito traria uma contradição em si, pois, apesar de ter como um de seus objetivos proteger a liberdade dos cidadãos em face das arbitrariedades do poder estatal – ao dizer que ninguém está acima da lei –, acabaria por sujeitá-los a uma outra espécie de arbitrariedade: não mais a do soberano, mas a do juiz, que estaria ilimitado na sua posição de decidir, baseado na ideia de que o Direito é simplesmente o que ele diz ser.

Essa perspectiva, muitas vezes, é apontada como uma das raízes do ativismo judicial, que pode ser conceituado como a fundamentação da decisão judicial nas convicções subjetivas do julgador, enfim, no

senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo. (ABBOUD, 2020, p. 1371).

Por sua vez, segundo Antoine Garapon (1999, p. 56), “o ativismo evidencia-se quando, entre muitas soluções possíveis, a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la”.

Essa discussão sobre ativismo também já foi objeto de debates exaustivos no contexto da doutrina norte-americana, em que se destaca o pensamento de Christopher Wolfe, que aponta a necessidade de distinguir *judicial activism* (ativismo judicial) e *judicial restraint* (restrição judicial) por meio de duas perspectivas (ABOUD; SCAVUZZI; FERNANDES, 2020, p. 81).

Na primeira óptica, o ativismo judicial estaria diretamente ligado à mencionada corrente doutrinária de realismo jurídico, visto que nesse panorama o juiz exerceria um poder “quase legislativo”. Assim, a diferença entre ativismo e o seu contraponto, o denominado *judicial self-restraint* (autorrestrição judicial), estaria no grau de liberdade ou vinculação do juiz à lei na prolação de sua decisão. Christopher Wolfe aduz que o ativismo judicial enfatiza o imperativo judicial de “fazer justiça”, minimizando as restrições do Poder Judiciário, enquanto o *judicial restraint* tende a enfatizar os limites que devem ser colocados ao Poder Judiciário na Democracia, para restringir sua discricionariedade em vários sentidos (WOLFE, 1997, p. 2).

Por sua vez, a segunda perspectiva está diretamente relacionada com uma abordagem histórica do controle jurisdicional de constitucionalidade. Para Christopher Wolfe, a história do *judicial review* deu surgimento a uma definição de ativismo judicial ligada à relação entre controle judicial e Constituição. Assim, o ativismo e a restrição judicial (*judicial restraint*) são funções que dizem em que medida o controle judicial pode ser considerado uma justa aplicação da Constituição, sem que haja interferência das crenças políticas ou preferências do juiz.^[6]

Nesse diapasão, o *judicial review* é elemento determinante para as discussões de ativismo no sistema norte-americano, pois a atribuição do controle judicial de constitucionalidade de leis e atos do Executivo fez com que o Judiciário se imiscuisse em debates que, muitas vezes, estavam restritos ao âmbito executivo e legislativo (TASSINARI, 2013, p. 87).

O controle de constitucionalidade tinha uma concepção moderada no seu nascimento, quando comparado ao sistema contemporâneo de controle de constitucionalidade (ABOUD; SCAVUZZI; FERNANDES, 2020, p. 82). Nesse diapasão, havia consenso de que só deveria haver afastamento da lei que fosse claramente inconstitucional.

Entretanto, com o decurso do tempo, houve uma conscientização de que o controle de constitucionalidade não era uma função estritamente judicial, de modo que os limites tradicionalmente impostos ao exercício do poder jurisdicional arrefeciam naquela espécie de controle. Nesse sentido, segundo Wolfe, desde a moderna concepção das Cortes de que sua função não era estritamente judicial, tal limitação inerente ao exercício do poder jurisdicional perdeu importância (WOLFE, 1997, p. 27).

Assim, as Cortes passaram a ter um papel mais incisivo no controle constitucional, sendo essenciais na defesa de direitos fundamentais das minorias, mesmo que negligenciadas pelo Legislativo, observando-se um enfraquecimento da denominada "*political questions doctrine*" (doutrina das questões políticas, em livre tradução), utilizada pelas Cortes como um limite para evitar que o Judiciário adentrasse no mérito de questões essencialmente políticas (ABOUD; SCAVUZZI; FERNANDES, 2020, p. 82).

Também foi alterado o sentido dado pelo tradicional *judicial review*, cujo posicionamento pode ser considerado *restraint judicial*, acerca dos limites da autoridade de interpretação constitucional pela Corte Suprema, estando nessa visão tradicional tal interpretação limitada e encarada como constitutiva de meros precedentes para a futura política geral do país. Contudo, essa visão foi, paulatinamente, ultrapassada, considerando-se, modernamente, o Judiciário como portador da interpretação suprema (WOLFE, 1997, p. 29).

Nesse diapasão, observa-se que o recrudescimento da constitucionalização do Direito, fenômeno que preconiza que o raio de incidência da Constituição deve se estender a todas as áreas do Direito, fez com que houvesse uma maior judicialização de questões antes restringidas ao âmbito político, tornando o Judiciário, diante do caráter principiológico e retórico do Direito, o "portador dos grandes sentidos normativos" (ADEODATO, 2009, p. 40).

Nesse contexto, a visão disseminada pelo moderno *judicial review* se identifica com o *activism judicial*, pois permite uma maior liberdade da interpretação jurídica no exame de questões constitucionais. Partilhando dessa nuance moderna do *judicial review*,^[7] Wolfe defende um ativismo moderado em favor da proteção de direitos individuais e

das minorias, avanço de reformas sociais, combate às discriminações ilegais e às leis inconstitucionais (WOLFE, 1997, p. 112), posição que também pretende ser adotada no presente estudo.

Por sua vez, independentemente da configuração e exame da origem do conceito, segundo Andreas Krell, há quem identifique como ativismo judicial aquelas decisões jurídicas que concedem benefícios positivos sem respaldo específico em normas positivadas, fazendo com que o Poder Judiciário se sub-rogue no papel dos respectivos órgãos competentes. Dessa forma, segundo essa perspectiva do ativismo, considerar-se-ia o juiz ativista "somente nos casos em que não houvesse uma positivação do respectivo direito que fundamenta a vantagem" (KRELL, 2012, p. 154). Para outros, numa visão mais genérica, seria, basicamente, a indevida invasão pelo Poder Judiciário na competência de outros poderes, sem que ele, entretanto, "'crie um direito' não expressamente previsto pelo ordenamento" (KRELL, 2012, p. 154-155).

Na sociedade brasileira, "a fragmentação de interesses, a estratificação social, a diferenciação cultural, regional e ideológica, provocam uma verdadeira 'crise de racionalidade' do modelo jurídico calcado na soberania da maioria" (CAMPILONGO, 1997, p. 53). Por conta disso, grande parte das demandas sociais não supridas pela legislação ou pelas atividades administrativas são canalizadas para o Poder Judiciário (KRELL, 2012, p. 140).

Muitas dessas decisões referentes a tais demandas – relacionadas aos direitos fundamentais, como é o caso das questões debatidas no âmbito da ADPF n. 672-DF, a qual tem como panos de fundo a temática constitucional de saúde pública e o direito de liberdade de locomoção –, por estarem relacionadas com uma grande discricionariedade jurídica, acabam, muitas vezes, sendo criticadas por um suposto ativismo judicial, sendo o Poder Judiciário acusado de interferir indevidamente nas políticas públicas em virtude de uma concepção meramente subjetiva do Direito pelos juízes, ou seja, uma interpretação sem qualquer baliza nos comandos objetivos da legislação.

Contudo, é preciso diferenciar quatro situações ligadas a essas críticas: a) aquelas em que a crítica de ativismo sequer pode ser levada em consideração, tendo em vista que a decisão se encontra devidamente fundamentada nas balizas legais e suas razões devidamente

justificadas; b) casos em que houve fundamentação com base na competência funcional do Poder Judiciário, cuja eventual interferência na política pública de outro ente ou órgão estatal está devidamente legitimada na legislação, mas cujo modelo de racionalidade deficiente enseja um comprometimento de sua argumentação jurídica; c) aqueles casos em que há um desbordamento dos comandos legais, por haver inovação jurídica sem qualquer respaldo legal ou por se estar pautado numa racionalidade jurídica deficiente, que se guia pela mera preferência pessoal do julgador ou por interesses diversos daqueles tutelados no ordenamento jurídico; d) casos em que, com efeito, há uma maior liberdade criativa do Poder Judiciário em áreas que, muitas vezes, apesar de não estarem na sua órbita de competência habitual, há legitimação para sua interferência com base numa interpretação extensiva, a qual se guia por uma racionalidade jurídica eficiente, orientada à consecução de bens tutelados no ordenamento jurídico.

Nos casos descritos no item *a*, eventuais críticas de ativismo judicial a tais situações, normalmente, estão relacionadas mais com uma possível crise de legitimidade do órgão prolator da decisão do que mesmo com a existência de prática de efetivo ativismo judicial. É que, nesses casos, não se pode falar de ativismo, apesar de ser bastante comum tal crítica por aqueles que se sentem prejudicados pela decisão. É o caso de agentes públicos que têm políticas frustradas ou mesmo são obrigados pelo Judiciário a ter condutas que não desejariam e, levianamente, imputam aos juízes uma indevida interferência em sua discricionariedade. Tal espécie de crítica, ainda que bastante comum, não merece acolhida na doutrina, pois, normalmente, funda-se na mera insatisfação pessoal do agente frustrado. Nessa mesma toada, Andreas Krell salienta que, frequentemente, essa alegação de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas está relacionada com decisões que exercem, basicamente, o controle de atos administrativos ou o controle de constitucionalidade de normas, cujo exame se mostra como estritamente jurídico,

exercido mediante verificação da aplicação correta das normas legais incidentes pelos órgãos competentes (ex.: licenciamento ambiental de um empreendimento industrial ou turístico). (KRELL, 2012, p. 148).

Nos casos descritos no item *b*, não se pode falar, necessariamente, de ativismo judicial, mas, normalmente, apenas de fundamentação

racionalmente deficiente. Tais decisões nem sempre estão equivocadas em suas conclusões, mas a maneira como expressam ou fundamentam seus postulados deixa lacunas capazes de comprometer a necessária intersubjetividade dos argumentos que dão suporte à decisão judicial. Em tais casos, em geral, não há, propriamente, uma interferência do Judiciário em espaço que lhe é interdito, mas apenas uma exposição deficiente dos fundamentos da decisão. Contudo, há uma linha tênue em que a argumentação deficiente pode ensejar a identificação de um ativismo judicial negativo, o qual é mais claramente descrito no item c.

Nessa linha, tem-se o item c, em que há um pernicioso ativismo judicial, o qual deve ser combatido e evitado a qualquer custo, pois compromete, de maneira visceral, os fundamentos do Estado Democrático de Direito, consistindo numa indevida invasão pelo Poder Judiciário na competência originária de outros poderes sem nenhum respaldo jurídico e não expiando essa grave violação eventuais efeitos benéficos da decisão, os quais, comumente, são destacados apenas com base na opinião do respectivo julgador. Essas espécies de ativismo podem ser classificadas como uma espécie de ativismo forte, o qual deve ser repellido (KRELL, 2012, p. 155).

O ativismo defendido no presente artigo é aquele descrito no acima mencionado item d, o qual pode ser denominado como ativismo moderado ou positivo, podendo ser caracterizado como aquele em que

o juiz segue a racionalidade jurídica orientada à realização dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico, ainda que ele adote uma interpretação extensiva de normas constitucionais principiológicas, sobretudo constitucionais. (KRELL, 2012, p. 155).

Como se observa dessa tentativa não exaustiva de estipular os casos de crítica de ativismo judicial,^[8] grande parte dessas questões está relacionada – em alguns casos de maneira direta, em outros apenas indireta – com a (in)eficiência do modelo de racionalidade com o qual a decisão judicial é fundamentada.

A eficiência do modelo de racionalidade da fundamentação da decisão é determinante, se não para afastar todo e qualquer problema relativo ao ativismo, pelo menos para superar a grande maioria dos problemas a ele atribuídos – mormente, a alegação de que um juiz ativista

representaria grande perigo ao sistema, subvertendo-o ao seu subjetivismo, de modo a usurpar as funções dos outros poderes do Estado e retornarmos ao velho realismo jurídico.

Não cabe vincular esse ativismo moderado às características descritas por Rafael Oliveira, Lênio Streck e Vicente Barreto, ou seja, um ativismo que autoriza a abertura do sentido normativo constitucional “com um uso aleatório e descompromissado dos princípios constitucionais” (OLIVEIRA; STRECK; BARRETO, 2010, p. 10), ou mesmo falar que tal uso, lastreado no fenômeno do neoconstitucionalismo, geraria um fenômeno de pan-principiologismo, consistente na identificação desordenada dos mais diversos princípios, a fim de satisfazer a preferência pessoal do julgador descomprometido com a deontologia jurídica (STRECK, 2012).

Tal linha de raciocínio parece desconsiderar que o ativismo judicial moderado, ao possibilitar a revisão das escolhas tomadas pelo legislador ou representante do poder Executivo, não permite que o julgador, simplesmente, adentre em matéria política, porque almeja substituir as escolhas daqueles agentes competentes pelas suas convicções pessoais; mas sim, porque, muitas vezes, “por trás da natureza política, está sendo violado um direito fundamental ou um princípio essencial para as próprias bases institucionais do sistema constitucional” (KRELL, 2012, p. 150). Sobre esse aspecto, Alexy adverte que

direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. (ALEXY, 2008, p. 446).

Nesse sentido, pode-se dizer que os direitos fundamentais estão relacionados com mandamentos alicerçados nos

pré-comprometimentos da própria soberania popular cuja efetiva realização exige um diálogo permanente entre os Poderes. Eles retiraram determinadas questões do processo político, colocando-as acima das decisões da maioria parlamentar e da vontade dos governos. (KRELL, 2012, p. 141).

Tal perspectiva, evidentemente, não se confunde com arbitrariedade judicial, pois não legitima o ativismo judicial em qualquer caso de políticas públicas, mas apenas autoriza a sua implementação em casos excepcionais e justificados diante do caso concreto, consoante

já decidiu o próprio STF, no âmbito da ADPF n. 45, julgada pelo ministro Celso de Mello, razão pela qual pode-se afirmar que “o problema estaria menos no resultado dessas decisões, mas na forma de sua fundamentação” (KRELL, 2012, p. 175).

Assim, é enfática a importância do estudo do papel da hermenêutica no debate sobre o ativismo judicial. Inclusive, tal entendimento pode ser inferido, ainda que apenas relacionado ao ativismo em casos de direitos sociais, pela assertiva de Andreas Krell, a qual, fundamentada no pensamento de Cristina Queiroz (QUEIROZ, 2005, p. 210 e ss.), diz que a “imperfeição da justiciabilidade e garantia efetiva dos direitos sociais se deve, sobretudo, à falta de uma prática institucional e cultural de sua interpretação” (KRELL, 2012, p. 141).

Em outro vértice, é imperioso salientar que a prática cultural hermenêutica brasileira não gera apenas imperfeição da aplicação dos direitos sociais, mas também, muitas vezes, provoca um déficit de legitimidade do próprio Poder Judiciário, cujas críticas recebidas, frequentemente, descambam para a vala comum do indevido uso de ativismo judicial. Dessa forma, passa-se a discutir o modelo de racionalidade deficiente brasileira, para, em seguida, analisar-se como a utilização de métodos hermenêuticos tradicionais pode ajudar a superá-lo e contribuir para a configuração de um ativismo judicial moderado, mais ajustado à realidade brasileira.

3 O modelo jurídico brasileiro de racionalidade

Segundo Clarissa Tassinari, o ativismo judicial seria uma questão de teoria de Direito, mais precisamente de hermenêutica, pois seu exame estaria condicionado pela maneira como se enxerga o problema da interpretação do Direito. Dessa forma, faz sentido indagar: a interpretação é um ato de vontade do intérprete ou

resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se operam constantes suspensões de pré-juízos que constituem a perseguição do melhor (ou correto) sentido para a interpretação? (TASSINARI, 2013, p. 32).

Para tal autora, é essa segunda hipótese que melhor representa o sentido do ato interpretativo.

Contudo, essa perseguição do melhor sentido para a interpretação, muitas vezes, esbarra-se no problema do deficiente modelo brasileiro de racionalidade jurídica.

Consoante Rodriguez, o modelo de racionalidade jurídica pode ser conceituado como "o conjunto de raciocínios utilizados para resolver casos concretos a partir do direito posto, ou seja, do material jurídico à disposição do juízo" (RODRIGUEZ, 2013, p. 53).

No caso do modelo brasileiro, é notória a sua deficiência, pois, em grande parte dos casos, não se apela para argumentos racionais, mas sim, para argumentos de autoridade, que camuflam a total ausência de fundamento das decisões proferidas no sistema jurídico brasileiro. Muitas decisões jurídicas brasileiras são formadas sem qualquer preocupação com sua justificação; principalmente, se forem casos mais simples, em que o foco quase sempre é no resultado e não na justificativa. Não há uma preocupação em explicar como os dispositivos normativos utilizados, citações doutrinárias e precedentes relacionam-se entre si e conectam-se logicamente com as conclusões ofertadas nas decisões. Enfim, a decisão, muitas vezes, é apenas uma explicitação sobre o porquê do convencimento do julgador, não se preocupando em justificar ao interlocutor se aquela decisão é coerente e racional. Por outro lado, quando se trata de casos mais complexos, utiliza-se do expediente dos argumentos de autoridade como forma de reforçar a posição adotada, mas não como forma de apresentar uma argumentação coerente e racional, amplamente justificada. Além do mais, as decisões formadas por órgãos colegiados não são proferidas de maneira uniforme, mas são produto de uma mistura opinativa apenas parcialmente refletida no voto vencedor, que não conjuga os outros votos e apenas representa sua posição, aderida pelos demais julgadores. Dessa forma, Rodriguez conclui que a maneira de fundamentar no Brasil traduz uma Justiça meramente opinativa, senão vejamos:

[F]undamentar uma decisão no Brasil significa, na maior parte das vezes, exatamente isso: expor uma opinião pessoal. No entanto, é preciso observar que a opinião pessoal não é, por outro lado, pensada como fato isolado. Ela se relaciona e disputa o espaço com outros pontos de vista, como veremos adiante. Ao interagir com as demais posições, especialmente nos Tribunais, o resultado é sua relativa despersonalização. Mas tal interação não se dá no registro de uma

argumentação racional sistematizante e sim por meio de agregação de opiniões nos Tribunais em que tudo se passa como na apuração de votos em uma eleição majoritária. (RODRIGUEZ, 2013, p. 62).

Ora, ainda que possa não ser a única objeção, muitos obstáculos levantados contra o ativismo jurídico no Brasil têm forte correlação com essa experiência negativa derivada da cultura de tomada de decisão no modelo brasileiro, em que, muitas vezes, há uma carência de racionalidade gritante, comprometendo a intersubjetividade da argumentação.

Como solução para tal problema de fundamentação, Rodriguez aponta a necessidade do desenvolvimento de um padrão eficiente de argumentação, o qual deve ter em vista a generalização da argumentação para os casos futuros, deixando de lado uma visão meramente individual de quem profere a decisão, por meio de uma conscientização de que, naquele momento, o indivíduo julgador se posiciona enquanto instituição. Nesse sentido, argumentos racionais devem ser apresentados de maneira descentrada, justificados por meio de um método de argumentar impessoal. Assim, o julgador deve se desincumbir de seu ônus argumentativo, procurando explicitar coerentemente as razões que o levaram a tal decisão, de maneira que o cidadão possa entender perfeitamente o processo intelectual que acarretou a conclusão decisória. Não podem ser aceitas, no modelo de argumentação racional, decisões baseadas unicamente em argumentos de autoridade, os quais, como já colocado, configuram um padrão decisório de ordem meramente subjetiva (RODRIGUEZ, 2013, p. 66).

Evidentemente, a exigência de uma racionalidade na argumentação não significa extinguir todo e qualquer subjetivismo do julgador ou mesmo aceitar uma utópica pretensão de total imparcialidade do aplicador da lei, mas sim, que tais argumentos são passíveis de um controle intersubjetivo. Sobre esse controle da racionalidade do discurso jurídico, colhem-se as bem ponderadas lições de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, *in verbis*:

[O] controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição

de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 48).

Essa demonstração do raciocínio desenvolvido por meio de uma exposição metódica da motivação do julgador possibilita uma fundamentação mais complexa do posicionamento tomado na decisão judicial, conferindo um maior grau de controle e conformação intersubjetiva da decisão (MÜLLER, 2012, p. 28 e ss.).

4 Os cânones de interpretação tradicionais

Nesse contexto, apesar de nem sempre bem aceitos pela doutrina,^[9] é preciso reconhecer a utilidade dos métodos clássicos de interpretação do Direito diante da realidade brasileira, a fim de emprestar um padrão confiável de intersubjetividade da argumentação utilizada nas decisões de sistema jurídico, inclusive em casos de ativismo jurídico. Assim, serão delineados a seguir, ainda que de maneira breve, os tradicionais cânones interpretativos do Direito: o método gramatical, sistemático, histórico e teleológico.^[10]

O método gramatical, também conhecido como literal, semântico ou filológico, procura definir o sentido jurídico do preceito interpretado somente com vista à literalidade, morfologia e sintaxe das palavras que o formam. Ele é o ponto de partida do intérprete jurídico, “justamente porque o texto legal transporta as prescrições vinculantes para o seu aplicador” (KRELL, 2014, p. 303). Nesse método, pode haver uma colisão entre duas tendências: a de fazer prevalecer o sentido coloquial da linguagem e a de privilegiar seu sentido técnico-jurídico (ENGISCH, 2008, p. 138). Tal distinção é muito importante nesse método, pois a variação de sentidos pode se aprofundar de acordo com o âmbito de linguagem em que ele se coloca. Por isso, é sempre essencial que o intérprete evite as ambiguidades que tal circunstância pode levar ao seu exercício interpretativo.

Por sua vez, tal método tem a vantagem de submeter a decisão jurídica a um grau maior de segurança, pois facilita o controle intersubjetivo da argumentação do intérprete e ainda confere a esta elevado grau

de legitimidade, uma vez que se apoia nas escolhas anteriormente tomadas de maneira democrática. Contudo, nem sempre o sentido literal da lei permite alcançar decisões adequadas e justas para o caso concreto. Igualmente, também é frequente a dificuldade de se encontrar o sentido claro do texto da lei; principalmente, em casos em que ela se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados. Além do mais, esse método literal nem sempre leva "a decisões unívocas; produz um número maior ou menor de possibilidades interpretativas, e o intérprete tem de optar por uma em detrimento das demais, considerando outros critérios" (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 412).

No caso do ativismo judicial, é comum criticar-se que há um afastamento do teor literal das normas jurídicas e, portanto, um afastamento do método clássico de interpretação gramatical. Nesse sentido, como já colocado acima, não é incomum se alegar que há um indevido uso de interpretação principiológica para se afastar do que prescreve o texto legal. Assim, os opositores do ativismo judicial argumentam que nesses casos há mero voluntarismo do julgador, camuflado na utilização de princípios para burlar a lei.

Contudo, se o intérprete se afastar do teor literal do texto da lei ou da Constituição, por considerar que ele enseja uma ilegítima resolução do caso que lhe é dado interpretar, cumpre a ele se desincumbir do ônus argumentativo para justificar tal escolha. Nesse sentido, Alexy, ao tratar da aplicação de princípios de direitos fundamentais em detrimento do teor do texto legal ordinário, exemplifica que

o juiz civil está *prima facie* vinculado ao direito civil vigente, na forma de leis, de precedentes e da dogmática aceita. Se ele quiser se afastar disso, em virtude de princípios de direitos fundamentais, ele tem que assumir ônus argumentativo. (ALEXY, 2008, p. 541).

Então, não se pode dizer, de antemão, que o mero uso de interpretação principiológica em detrimento de uma interpretação literal do texto da lei signifique submeter os casos a preferências pessoais do intérprete, visto que este deve arcar com o referido ônus argumentativo, que promove o controle intersubjetivo da decisão, se devidamente considerado.

O método sistemático de interpretação impõe a consideração do ordenamento jurídico como um complexo unitário, de modo que o sentido

de suas normas não pode ser alcançado apenas isoladamente, mas de acordo com o sistema em que se insere, a fim de manter a coerência e consistência da interpretação. Assim, partindo dessa premissa de que o ordenamento jurídico é um sistema, a interpretação de suas normas pressupõe uma conexão e influência de cada norma com as outras e o sistema como um todo, considerando correta a interpretação que com ele se harmonize.

Em casos em que a interpretação literal se mostre insuficiente, como, por exemplo, aqueles em que há uma inexatidão provocada pelo uso de conceitos indeterminados na norma, a interpretação sistemática pode ser bastante profícua.

Dessa forma, o conjunto regulatório no qual a norma está inserida, formado por regras e princípios de uma mesma lei e outras leis de igual, superior ou inferior nível hierárquico, ganha "importância decisiva na interpretação de um dispositivo" (KRELL, 2014, p. 305). Para Alexy, o argumento sistemático envolve "tanto a referência à situação de uma norma no texto legal como a referência à relação lógica ou teleológica de uma norma com outras normas, fins e princípios" (ALEXY, 2011, p. 237), de modo que fica essencial para validade de tal argumentação a necessária exposição da relação lógica entre as normas.

Por essa razão, é que não se pode considerar voluntarista a interpretação que tem como fundamento uma ponderação dos princípios constitucionais, haja vista que estes, em nosso sistema jurídico, ocupam posição de superioridade hierárquica em relação a outras normas infraconstitucionais do sistema. Em geral, essa interpretação exige um ônus argumentativo maior que o método literal, tendo em vista que amplia a margem de interpretação do julgador, mas também confere elevado grau de segurança se utilizado um modelo de racionalidade jurídica eficiente.

Dessa forma, com fundamento no pensamento de Humberto Ávila, pode-se dizer que, para se alcançar

um sentido constitucional e sistematicamente adequado do termo, que seja passível de subsunção, eventual ponderação entre os diferentes valores e interesses deverá ser feita com referência às relações concretas de sentido, aquelas presentes no caso concreto. (ÁVILA, 2014, p. 185 e ss. *apud* KRELL; PAIVA, 2017, p. 185-218).

Nesse passo, é muito comum que casos de ativismo judicial moderado utilizem uma interpretação sistemática, evitando que tal interpretação recaia no mero subjetivismo do intérprete.

Por sua vez, quando se está diante de uma interpretação que busca os motivos históricos de criação da norma, fala-se no método de interpretação histórico. Tal método busca aclarar as razões que levaram o legislador a inserir determinada norma no ordenamento jurídico, de modo que o sentido atual de sua interpretação seja devidamente contextualizado.

Contudo, a busca pelos condicionamentos históricos da norma raramente confere a clareza necessária sobre a forma como ela deveria ser compreendida e aplicada hodiernamente. Nesse sentido, pode-se dizer que a

interpretação genética, que tenta seguir a vontade do legislador, esbarra na objeção de que, nos complexos processos legislativos atuais, não há mais “uma vontade” legislativa a ser descoberta; o que interessa é somente o texto aprovado e não as pretensas vontades subjacentes. (KRELL, 2014, p. 305-306).

No contexto de um ativismo moderado, tal espécie de interpretação histórica pode demonstrar a razoabilidade e a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas. Entretanto, há de se ter uma maior atenção na utilização deste método nos casos em que se opõe uma alegação de indevido ativismo judicial, tendo em vista que o exame do contexto histórico de uma norma pode consolidar a petrificação das questões jurídicas, impondo óbices baseados apenas em uma perspectiva retrógrada do Direito, que não mais se alinhe com o entendimento jurídico e social atual.

Por fim, o método teleológico é orientado pela busca do sentido da norma por meio da assimilação de sua finalidade. Não se trata, contudo, de descobrir o que o legislador almejava ao criar a norma e sim o sentido finalístico que decorre do texto objetivo na atualidade.

Assim, esse elemento teleológico se relaciona a um aspecto externo do texto legal, pois visa a descobrir a “orientação instrumental da norma, o que atribui ao intérprete uma considerável liberdade na afirmação deste fim concreto e das suas consequências para o caso” (KRELL, 2014, p. 306).

Por conta dessa liberdade conferida pelo elemento teológico, trata-se de importante instrumento interpretativo de um ativismo judicial moderado, pois garante um amplo espaço para desenvolvimento de uma argumentação racional legitimada no exame jurídico das razões finalísticas de determinadas políticas públicas.

O exame teleológico não prescinde do aspecto subjetivo do intérprete, uma vez que a finalidade da norma não é um dado objetivo; entretanto, essa fundamentação não pode ser baseada numa mera preferência do julgador, pois depende do embasamento em argumentos racionais, passíveis de um controle de intersubjetividade. Em sentido parecido, veja-se o seguinte posicionamento de Andreas Krell, *in verbis*:

Os fins dos atos humanos são suas consequências decisivas, aquelas pelas quais aqueles são cometidos. A distinção entre o próprio fim de um ato e de suas consequências (principais ou acessórias) é sempre um ato de vontade subjetiva, uma vez que o fim não pode ser deduzido objetivamente do próprio ato. A norma, contudo, deve servir a um fim considerado razoável, que pode ser apresentado como tal; um discurso interpretativo sobre este fim normativo não pode ser arbitrário, antes precisa de uma fundamentação consistente que seja capaz de ser defendida contra possíveis contestações. (KRELL, 2014, p. 306).

Dessa breve exposição dos cânones de interpretação, verifica-se que tais métodos não constituem uma garantia de alcançar o melhor ou o único sentido correto da norma jurídica. Também não consubstanciam um método ao estilo “passo a passo” de como se deve interpretar uma norma, até porque inexistente hierarquia entre eles. Em verdade, podem ser considerados orientações para melhor desenvolvimento do processo de argumentação racional, garantindo a inteligibilidade das conclusões alcançadas no processo decisório.

Por conta disso, a utilização de tais métodos se mostra extremamente útil para a construção de uma argumentação racional no panorama de um ativismo judicial moderado, pois pode cumprir satisfatoriamente a função de afastar uma das principais críticas feitas ao ativismo, qual seja, a de que qualquer ativismo judicial é nefasto e incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois apenas refletiria a opinião de quem julga.

É justamente esse aspecto subjetivo que os métodos clássicos de interpretação visam a controlar, ainda que tal finalidade seja ontologicamente

impossível de se alcançar de maneira absoluta. E, mesmo que tenham alguma procedência as alegações de que tais métodos também podem servir para escamotear as obscuras intenções do aplicador da lei, também é verdade que eles emprestam uma relevante racionalidade para a argumentação jurídica, cuja utilidade não pode ser simplesmente descartada. Nessa toada, veja-se a seguinte percepção sobre eles, *in verbis*:

Os elementos metódicos do Direito não são panaceia, nem comparáveis aos métodos das ciências exatas; são ferramentas, canais de raciocínio e esquemas de argumentação racional, e como tais devem ser respeitados e estudados pela teoria, inclusive no Brasil do século XXI. (KRELL, 2014, p. 317).

5 A decisão tomada na ADPF n. 672-DF: caso de ativismo judicial?

Depois de elucidada a importância de que as decisões – que contenham ativismo judicial moderado – utilizem-se de uma argumentação racional e, sempre que possível, baseiem-se nos cânones tradicionais de interpretação, como forma de estabelecer um maior controle intersubjetivo de seu processo decisório, cumpre analisar em que medida a decisão tomada na ADPF n. 672-DF pode ser considerada um caso de ativismo judicial, bem como tratar de outros possíveis vícios hermenêuticos.

Nesse sentido, necessário salientar que não é objetivo do presente estudo fazer um exame detido de tal decisão ou mesmo discutir o pano de fundo político dela, mas apenas fazer os apontamentos que se relacionam com o assunto de ativismo judicial aqui já desenvolvido.

A Ordem Nacional dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou a ADPF n. 672-DF perante o Supremo Tribunal Federal, questionando as condutas do presidente da República no combate à pandemia de covid-19 e objetivando que fossem adotadas as seguintes medidas: a) que se observasse o protocolo da OMS, também seguido pelo Ministério da Saúde, a fim de que fossem adotadas medidas de isolamento social; b) que se respeitasse o estabelecido pelos governadores e prefeitos em relação ao funcionamento das atividades econômicas e medidas de isolamento social; c) que não se interferisse no trabalho técnico de

servidores do Ministério da Saúde; d) que se implementassem benefícios emergenciais para os desempregados, trabalhadores autônomos e informais e, bem assim, se procedesse à imediata inclusão daqueles que estivessem na fila do benefício social do programa Bolsa-Família; e) que não se tomassem medidas de combate à pandemia contrárias às diretrizes técnicas e sanitárias das autoridades nacionais e internacionais; f) que se garantisse a manutenção de medidas de isolamento social enquanto essas fossem consideradas essenciais pelas autoridades sanitárias responsáveis; g) que se estabelecessem procedimentos céleres e desburocratizados de implementação de medidas econômicas, especialmente aquelas destinadas aos setores mais vulneráveis.

A petição inicial tem como principais pontos de embasamento a atuação supostamente nociva do presidente da República sobre as medidas de saúde para enfrentamento da pandemia e a ineficaz atuação na tomada de medidas de caráter econômico.

Nesse passo, a OAB alega, em síntese de seus argumentos centrais, que o "governo nem sempre tem feito uso adequado das prerrogativas que detém para enfrentar a emergência de saúde pública, atuando constantemente de forma insuficiente e precária" e que o presidente da República tem praticado "ações irresponsáveis e contrárias aos protocolos de saúde aprovados pela comunidade científica e aplicados pelos Chefes de Estado em todo o mundo".

Como se nota, fica claro o uso de argumento de autoridade no contexto argumentativo da OAB. Não se quer aqui dizer que tal argumento esteja eivado de vícios ou mesmo que seja completamente inadequado, até porque foram apresentados dados do Ministério da Saúde sobre os casos de covid-19 no Brasil. O que se pretende destacar aqui é que essa tendência de argumentação com base no argumento de autoridade, típica de modelo de racionalidade brasileiro, como já acima discutido, também se faz presente na petição inicial.

Contudo, é bem verdade que pode haver alguma racionalidade no uso de argumentos de autoridade, quando articulada uma argumentação coerente e embasada com outros dados que reforcem o sentido perquirido, ressaltando que o que se combate é o seu uso isolado ou sem nenhuma justificação. Inclusive, a própria defesa reconhece que as "políticas adotadas no mundo" também estão sendo tomadas pelo governo, de modo

que eventual falha da argumentação da OAB é neutralizada pelo reconhecimento da própria União por meio da AGU, senão vejamos:

todos os atos passíveis de controle de constitucionalidade – dotados de uma solenidade oficial mínima, que permita o seu reconhecimento como ato estatal – estão de acordo com as políticas adotadas no mundo e com as recomendações científicas, sanitárias e epidemiológicas.

Por outro lado, ainda que superável esse argumento de autoridade, observa-se que a OAB também procurou atacar as condutas pessoais do presidente da República, consoante se pode ver do seguinte trecho de sua petição inicial:

De maneira recorrente e desde o início da crise, o presidente tem mantido uma atitude negligente, quando não negacionista, em relação à pandemia e seus efeitos no Brasil. Por inúmeras vezes criticou o que chamou de “alarmismo” e de “histeria” por parte da imprensa e de autoridades públicas. Minimizou a doença ao chamá-la, de forma irresponsável e leviana, de um simples “resfriadinho” ou “gripezinha”. (STF. ADPF n. 672/DF. Petição inicial, fl. 5).

Sem querer entrar no mérito da questão, observa-se a tomada de uma argumentação democraticamente arriscada, que pode levar o Supremo Tribunal Federal a ter que dizer o que um presidente da República pode ou não pode externar sobre determinadas pautas públicas, fazendo com que parem sérias dúvidas sobre a legitimidade de um eventual ativismo judicial.

Por sua vez, o ministro Alexandre de Moraes entendeu que não cabe ao Supremo Tribunal Federal realizar medidas administrativas específicas, sob pena de interferência indevida no âmbito de outro poder da República. Entretanto, externou o entendimento – fundado num dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito: o de que todos estão submetidos à lei – de que cabe ao Poder Judiciário fiscalizar e controlar eventuais medidas dos outros poderes que conflitem com a Constituição. Senão vejamos:

Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, porém é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas

tomadas, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas. Se ausente a coerência, as medidas estarão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias. (STF. ADPF n. 672/DF. Decisão monocrática. Relator: Min. Alexandre de Moraes, julg. 8.4.2020).

Por fim, o ministro Alexandre de Moraes decidiu, no que foi acompanhado de maneira unânime, pelo parcial deferimento da medida cautelar, para determinar a observância dos arts. 23, II e IX; 24, XII; 30, II; e 198 da Constituição Federal no cumprimento da Lei n. 13.979/2020, garantindo o exercício da competência concorrente dos estados e Distrito Federal e suplementar dos municípios, para cada qual exercer, no âmbito de seus territórios, medidas legalmente permitidas para o combate da pandemia, independentemente da superveniência de medida federal contrária.

No exame da decisão em comento, observa-se o uso dos métodos de interpretação sistemático e literal das normas em questão, uma vez que o seu conteúdo foi extraído tanto de uma interpretação gramatical das normas envolvidas quanto de sua relação na sistemática do ordenamento brasileiro. Contudo, também se observou uma carência de melhor densificação acerca de qual seria o efetivo espaço da competência de se produzirem normas gerais pela União no caso em comento, o que denota a utilização de um modelo de racionalidade deficiente, tendo em vista que a lei foi utilizada como fundamento, mas não foi devidamente desenvolvida a razão de sua aplicação no caso em questão de maneira detida e completa.

De toda forma, não obstante essas irregularidades hermenêuticas constatadas, não se pode falar que houve, no caso em comento, indevida interferência na órbita do poder Executivo. Nessa linha, veja-se o seguinte excerto de artigo que também examinou a questão:

[...] não há esvaziamento dos poderes do presidente da República, e não há criação de políticas públicas por parte do Supremo Tribunal Federal. Temos, em realidade, o maior Tribunal do país, conferindo força normativa à Constituição Federal, para coibir abusos por parte

do Poder Executivo que, em determinados atos e determinações, acabou por contrariá-la. (ABOUD; SCAVUZZI; FERNANDES, 2020, p. 5).

Desse modo, não se constata a existência de qualquer ativismo judicial no caso em comento, nem mesmo aquele denominado moderado, razão pela qual as críticas de que o STF estaria exercendo indevidamente a função política do Executivo não têm qualquer cabimento nesse julgado.

6 Conclusão

O ativismo judicial é constantemente criticado como uma forma nefasta de atingir os alicerces do Estado Democrático de Direito. Entretanto, na realidade brasileira, conforme acima já colocado, um ativismo moderado pode ser necessário para o implemento dos direitos fundamentais. Dessa forma, não deve ser, de antemão, rechaçado.

Por outro lado, é necessário que esse ativismo moderado seja exercido com a utilização de uma argumentação racional, passível de controle intersubjetivo. Nesse passo, ainda que seja impossível retirar totalmente aspectos subjetivos do julgador de suas respectivas decisões, os cânones tradicionais de interpretação do Direito cumprem importante função na racionalidade das argumentações, razão pela qual têm utilização importante também nos casos de ativismo judicial moderado.

Por fim, com base em todos os conceitos desenvolvidos no presente artigo, conclui-se não ter sido identificado na decisão judicial examinada, prolatada no bojo da ADPF n. 672-DF, qualquer caso de ativismo judicial.

Referências

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ABOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira; FERNANDES, Ricardo Yamin. Atuação do STF na pandemia da covid-19. *Fine line* entre aplicação da Constituição Federal e ativismo judicial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 109, n. 1.020, p. 77-97, out./2020.

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação dos poderes? Chegando à tese do realismo jurídico. In: FEITOSA, E. et al. **O Direito como atividade judicial**. Recife: Bagaço, 2009. p. 38-142.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda H. Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luís Virgílio A. da Silva. SP: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 22 jan. 2021.

CAMPILONGO, Celso. **Direito e democracia**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. João Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos: O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: FEITOSA, Enoque *et al.* (org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: UFPE, 2012. v. 2. p. 135-179.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 295-320, jan./jun. 2014.

KRELL, A. J.; PAIVA, R. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 11, n. 37, p. 185-218, jul./dez. 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides A. de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 2, n. 1, p. 1-16, 2010.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, V. A. da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 165-216.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio L. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mar. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 19 jan. 2021.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Anderson V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade, jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 37-58, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/ativismo-judicial-nos-limites-entre-racionalidade-jur%C3%ADdica-e-decis%C3%A3o-pol%C3%ADtica>. Acesso em: 22 jan. 2021.

WALD, Patricia M. One nation indivisible, with liberty and justice for all: lessons from the american experience for new democracies. **Fordam Law Review**, vol. 59, issue 2, article 3, p. 283-297, 1990. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2898&context=flr>. Acesso em: 20 jan. 2021.

WOLFE, Christopher. **Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?** New York: Rowman e Littlefield Publishers, 1997.

Notas

- [1] Tal discussão, por exemplo, é uma das razões do surgimento do Código Napoleônico, em que o juiz se tornaria uma mera “boca da lei” (*bouche de la loi*), a fim de evitar os arbítrios judiciais provocados por uma suposta excessiva liberdade de interpretação dos juizes, os quais estavam sob forte suspeita na época da Revolução Francesa. Nessa linha, consultar: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 46.
- [2] Sem pretensão de tomada de posição com a questão de pano de fundo, mas apenas para exemplificar como têm sido intensos os ataques ao STF e dar respaldo à afirmação feita neste artigo, vejam-se as seguintes notícias, disponíveis em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445871&ori=1>; <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445764&ori=1>; e <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445065&ori=1>. Acesso em: out. 2022.
- [3] Nesse sentido, somente como exemplo do contexto histórico do Brasil atual, veja-se o caso de opinião do então ministro da Educação sobre o Supremo Tribunal Federal, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=444172&ori=1>. Acesso em: out. 2022.
- [4] Nessa linha, veja-se o conteúdo da seguinte notícia, disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/339082/stf-diz-que-nao-impediu-bolsonaro-de-agir-no-combate-a-pandemia>. Acesso em: out. 2022.
- [5] Livremente traduzido da seguinte expressão “*The law is what the courts say it is*”, colhida no seguinte artigo: “*One nation indivisible, with liberty and justice for all: lessons from the american experience for new democracies*” (WALD, 1990).
- [6] “*This history of judicial review gives rise to a definition of judicial activism that focuses on the relation between judicial review and Constitution: activism and restraint are functions of the extent to which judicial review can be fairly considered an enforcement of the will of the Constitution, without an infusion of the judge’s own political beliefs of preferences.*” (WOLFE, 1997, p. 1).
- [7] Nesse ponto, cumpre salientar que, segundo Anderson Teixeira, é preciso não confundir *judicial review* com *judicial activism*, tendo em vista que aquele diz respeito ao controle de legitimidade constitucional, enquanto este último tem como base argumentos políticos, como, por exemplo, o caso em que se aduz que determinada lei foi aprovada por liberais. (TEIXEIRA, 2012, p. 46). Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/ativismo-judicial-nos-limites-entre-racionalidade-jur%C3%ADdica-e-decis%C3%A3o-pol%C3%ADtica>. Acesso em: 22 jan. 2021.

- [8] Caso haja maior interesse na classificação de modalidades de ativismo judicial, conferir o trabalho de Kmiec, o qual, registre-se, não foi a inspiração deste artigo, mas pode ser útil em eventual aprofundamento do assunto, pois trata das espécies de ativismo judicial, com as seguintes características: a) ocorre para invalidar ou afastar a aplicabilidade de atos oriundos de outros poderes (p. 1463-1466); b) ocorre para afastar a aplicação dos precedentes (p. 1466-1469); c) atua-se como legislador (p. 1471-1473); d) utiliza-se de técnicas hermenêuticas conhecidas pela doutrina (p. 1473-1475); e) traz julgamentos predeterminados a fins específicos (p. 1475-1476). KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of “judicial activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004.
- [9] Tais métodos clássicos perderam espaço na hermenêutica brasileira após o fim do regime militar no Brasil, tendo em vista uma forte resistência à perspectiva formalista adotada por esse regime, de modo que se passou a valorizar mais aspectos sociológicos, filosóficos, linguísticos etc. (KRELL, 2014, p. 296).
- [10] Não se costuma apontar um grau de prevalência entre eles, mas apenas uma relação de complementaridade, no sentido de que a eventual inadequação de um pode ser suprida por outro.

Tributação na era digital e a prevalência do ISS em detrimento do ICMS no licenciamento ou cessão de uso de software na ADI n. 5.659

Flávio Lima da Silva

Técnico do Ministério Público da União. cursando a disciplina Direito Cibernético e Pós-Humanismo do programa de mestrado da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduando em Direito Digital pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Gestão Pública pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Especialista em Computação pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Informática pelo Centro Universitário da Cidade.

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar a incidência do Imposto sobre Serviços (ISS) em detrimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), com a finalidade de direcionar as receitas oriundas deste tributo aos municípios. Para tanto, analisa-se o fundamento jurídico de tal procedimento, de acordo com decisão recente do STF no julgamento da ADI n. 5.659, com a Lei Complementar n. 116/2003, assim como outras leis, dados, estudos e obras relacionadas e (ou) apropriadas à matéria examinada.

Palavras-chave: programas de computador; ISS; ICMS.

Sumário: 1 Introdução. 2 O entendimento da Suprema Corte quanto à matéria examinada. 3 Tributação, ICMS e a repartição dos valores entre os entes federativos. 4 A tributação como instrumento para aplicação de medidas sociais e as possíveis consequências geradas pelo fortalecimento das receitas municipais. 5 Conclusão.

1 Introdução

Busca-se, com o presente artigo, demonstrar a incidência do ISS em detrimento do ICMS, em razão de sua competência, assim como todos

os desdobramentos gerados por esse entendimento, o que concretiza uma solução interessante de fortalecimento dos entes municipais para um maior benefício dos aspectos sociais.

É de suma importância trazer esse tema, tendo em vista que o desenvolvimento de aplicativos para computadores e smartphones (telefones inteligentes) não é apenas uma tendência, mas uma realidade que não retroagirá. Isso ocorre não somente no País, sendo uma situação capaz de gerar inúmeras consequências negativas sobre as receitas municipais, caso a ótica do princípio da territorialidade não seja respeitada. Sem dúvida, o desenvolvimento econômico nacional é extremamente importante (conforme o art. 3º da Constituição Federal), porém ele não pode ocorrer em detrimento das receitas dos municípios, afastando, junto com essas receitas, o desenvolvimento municipal econômico e social.^[1]

Basicamente, pretende-se entender como a maioria dos ministros do STF interpretou a ADI n. 5.659-MG, de relatoria do min. Dias Toffoli, ao decidirem a incidência aos municípios do ISS advindo das atividades de desenvolvimento de aplicativos para computador (softwares).

Como conclusão, foi possível perceber que o entendimento do STF quanto à competência tributária trará resultados positivos como o maior alcance de implementação das políticas públicas e, consequentemente, um maior retorno social ao cidadão residente e (ou) visitante do ente municipal.

2 O entendimento da Suprema Corte quanto à matéria examinada

Trata-se da ADI n. 5.659 protocolizada pela Confederação Nacional de Serviços (CNS) sob alegação de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Complementar Federal n. 87/1996 e do Decreto n. 46.877/2015 do Estado de Minas Gerais, bem como de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 5º da Lei n. 6.763/1975 e do art. 1º, incisos I e II, do Decreto n. 43.080/2002, ambos da mesma unidade federada, "a fim de [se] exclu[í]r[em] das hipóteses de incidência do ICMS as operações com programas de computador – software" (BRASIL, 2021). Apresenta-se a seguir o teor da legislação questionada:

Lei n. 6.763/1975:

Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS – tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º - O imposto incide sobre:

1) a operação relativa à circulação de mercadoria, inclusive o fornecimento de alimentação e bebida em bar, restaurante ou estabelecimento similar;

2) o fornecimento de mercadoria com prestação de serviço:

a - não compreendido na competência tributária dos Municípios;

b - compreendido na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto estadual, como definido em lei complementar;

3) a saída de mercadoria em hasta pública;

4) a entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto; (Item com redação dada pelo art. 29 da Lei nº 14.699, de 6/8/2003.)

5) a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior e a aquisição, em licitação promovida pelo poder público, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte regular do imposto, de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados, qualquer que seja a sua destinação; (Item com redação dada pelo art. 29 da Lei nº 14.699, de 6/8/2003.)

6) a entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo imobilizado; (Expressão "ativo permanente" substituída pela expressão "ativo imobilizado", pelo art. 3º da Lei nº 19.989, de 29/12/2011.)

(Vide art. 11 da Lei nº 20.824, de 31/7/2013.)

7) a prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via ou meio, inclusive gasoduto e oleoduto, de bem, mercadoria, valor, pessoa e passageiro;

8) a prestação onerosa de serviço de comunicação de qualquer natureza, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação;

9) o serviço de transporte ou de comunicação prestado a pessoa física ou jurídica no exterior, ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

10) a utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação tenha se iniciado em outra unidade da Federação e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequentes. (Parágrafo com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 12.423, de 27/12/1996.)

(Vide art. 11 da Lei nº 20.824, de 31/7/2013.)

11) a operação interestadual que destine mercadoria ou bem a consumidor final não contribuinte do imposto, localizado neste Estado, relativamente à parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna estabelecida para a mercadoria neste Estado e a alíquota interestadual; (Item acrescentado pelo art. 1º da Lei nº 21.781, de 1º/10/2015.)

12) a prestação interestadual de serviço destinada a este Estado, tomada por consumidor final não contribuinte do imposto, relativamente à parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna estabelecida para a prestação do serviço neste Estado e a alíquota interestadual. (Item acrescentado pelo art. 1º da Lei nº 21.781, de 1º/10/2015.)

§ 2º O imposto poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, conforme dispuser a lei.

(Artigo com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.758, de 10/2/1989.)

Decreto n. 43.080/2002:

Art. 1º O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) incide sobre:

I - a operação relativa à circulação de mercadoria, inclusive o fornecimento de alimentação ou de bebida em bar, restaurante ou estabelecimento similar;

II - o fornecimento de mercadoria com prestação de serviço:

a) não compreendido na competência tributária dos Municípios;

b) compreendido na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto estadual, como definido em lei complementar.

[...]

Art. 43 Ressalvado disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

[...]

XV - na saída ou no fornecimento de programa para computador:

a) exclusivo para uso do encomendante, o valor do suporte físico ou informático, de qualquer natureza;

b) destinado a comercialização, duas vezes o valor de mercado do suporte informático; (Efeitos de 15/12/2002 a 1º/02/2016).

Decreto n. 46.877/2015:

Art. 1º Fica revogado o inciso XV do art. 43 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos após decorridos noventa dias da sua publicação.

Lei Complementar n. 87/1996:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

[...]

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual. (BRASIL, 2021, p. 6-9).

O relator destaca que, comparando-se à oportunidade anterior, no julgamento da medida cautelar na ADI n. 1.945-MT,

o Tribunal avançou e passou a considerar ser possível a incidência do ICMS alcançar o *software comercializado por meio de transferência eletrônica de dados, o que inclui o download do bem via internet*, não suspendendo, assim, dispositivo de lei estadual que continha previsão nesse sentido. A Corte, pode-se assim dizer, apontou para a direção de que a expressão mercadoria não estaria limitada a “bem corpóreo objeto de atos de comércio ou destinado a sê-lo”. (BRASIL, 2021, p. 75-76. Grifos no original).

Esse é o fundamento da chamada interpretação evolutiva, haja vista que os softwares, que inicialmente eram transacionados em suportes informáticos físicos,

passaram a ser oferecidos quase que integralmente em ambiente virtual, primeiramente por meio de *download (customizável ou não)* e, mais recentemente, com o surgimento da infraestrutura em *nuvem* [termo coloquial para a disponibilidade sob demanda de recursos do sistema de computador], por meio de acesso direto à *internet*. (BRASIL, 2021, p. 77. Grifos no original).

É feita importante análise baseada no direito comparado sobre o tratamento que a União Europeia deu ao software como serviço, lembrando que a legislação comum do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) “já estabelecia expressamente, nos arts. 5º e 7º [Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de maio de 1977], que, por entrega de bem, entendia-se a ‘transferência do poder de dispor de um bem corpóreo, como proprietário’ e por prestação de serviço, qualquer prestação que não constituísse uma entrega de bens” na acepção do art. 5º, podendo consistir a prestação de serviço “na cessão de um bem incorpóreo representado ou não por um título” (BRASIL, 2021, p. 85).

Assim, por haver notória distinção e devido à “própria política do bloco europeu, entendeu-se que o fornecimento de programas de computador por meio eletrônico deveria ser considerado serviço para efeito do IVA” (BRASIL, 2021, p. 85).

No caso do Brasil, não há disposição expressa na Constituição Federal “no sentido de que o ICMS mercadoria abrangeria apenas bens corpóreos que são objeto de comércio ou destinados a sê-lo” ou “no sentido de que toda e qualquer operação com bens incorpóreos (não tangíveis) deva ser considerada prestação de serviço para efeito do ISS” (BRASIL, 2021, p. 85).

Nessa mesma linha, trouxe o relator a interpretação do Ministro Teori Zavascki, “quando ainda compunha o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão do qual foi Relator, bem sintetizando os critérios objetivos na delimitação das competências tributárias entre os estados e os municípios” (BRASIL, 2021, p. 88):

DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ENTRE ESTADOS E MUNICÍPIOS. ICMS E ISSQN.

CRITÉRIOS... 1. Segundo decorre do sistema normativo específico (art. 155, II, § 2º, IX, b e 156, III da CF, art. 2º, IV, da LC 87/96 e art. 1º, § 2º, da LC 116/03), a delimitação dos campos de competência tributária entre Estados e Municípios, relativamente à incidência de ICMS e de ISSQN, está submetida aos seguintes critérios: (a) sobre operações de circulação de mercadoria e sobre serviços de transporte interestadual e internacional e de comunicações incide ICMS; (b) sobre operações de prestação de serviços compreendidos na lista de que trata a LC 116/03 (que sucedeu ao DL 406/68), incide ISSQN; e (c) sobre operações mistas, assim entendidas as que agregam mercadorias e serviços, incide o ISSQN sempre que o serviço agregado estiver compreendido na lista de que trata a LC 116/03 e incide ICMS sempre que o serviço agregado não estiver previsto na referida lista. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). REsp 1.092.206/SP. Relator: Min. Teori Zavascki. **DJe** 23 mar. 2009).

A partir dessa visão,

nos termos da orientação tradicional do Supremo Tribunal Federal, o simples fato de o serviço encontrar-se definido em lei complementar como tributável pelo ISS já atrairia, em tese, a incidência tão somente desse

imposto sobre o valor total da operação e afastaria a do ICMS. (BRASIL, 2021, p. 89).

Seguindo esse entendimento,

o licenciamento ou a cessão de direito de uso de software, seja ele padronizado (customizado ou não), seja por encomenda, independentemente de a transferência do uso ocorrer via download ou por meio de acesso à nuvem, enquadrando-se no subitem 1.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116/2003 – sem prejuízo de que, no caso do modelo Software-as-a-Service (SaaS), outras utilidades disponibilizadas ao usuário possam ser desmembradas do licenciamento e submetidas à tributação nos subitens 1.03 e 1.07 – já teriam [capacidade para eliminar] eventuais dúvidas que poderiam existir acerca da incidência do ISS nas transações com programas de computador. (BRASIL, 2021, p. 89).

Fundamenta ainda o relator, por meio de definições informadas por grandes empresas do ramo, “que a computação em nuvem é resumidamente, ‘o fornecimento de serviços de computação, incluindo servidores, armazenamento, banco de dados, rede, software, análise e inteligência, pela Internet (‘a nuvem’)”, e que “você pode acessar serviços de tecnologia, como capacidade computacional, armazenamento e banco de dados, conforme a necessidade, usando um provedor de nuvem” (BRASIL, 2021, p. 96).

Por fim, defende que sua interpretação está conforme a Constituição Federal, excluindo das hipóteses de incidência do ICMS o licenciamento ou a cessão de direito de uso de programas de computador. Isso se deu por entender que há um esforço humano envolvido nas atividades de manter, atualizar (ainda que gratuitamente), gerenciar, desenvolver e suportar os sistemas em nuvem.

3 Tributação, ICMS e a repartição dos valores entre os entes federativos

Na Seção “Da repartição das receitas tributárias”, a Magna Carta de 1988 define a divisão do valor de certos tributos entre os entes federativos, isto é, da União para os estados e o Distrito Federal e dos estados para os municípios.

Nesse diapasão, cabe ressaltar a importância da tributação para a manutenção de um Estado Social que possa, apropriadamente, assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, bem como garantir o cumprimento dos objetivos fundamentais do Brasil, como, entre outros, o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza, de acordo com o art. 3º da Constituição Federal. Veja-se o entendimento de Paulsen, desembargador federal e doutrinador:

O Estado, como instituição indispensável à existência de uma sociedade organizada, depende de recursos para sua manutenção e para a realização dos seus objetivos. Isso independe da ideologia que inspire as instituições políticas, tampouco do seu estágio de desenvolvimento. (PAULSEN, 2020, p. 17).

Isso consolida o caráter fiscal dos tributos, que são a principal receita financeira da máquina pública, especialmente no caso dos entes municipais.

A título exemplificativo, cabe ressaltar que o ICMS possui algumas características, como a não cumulatividade e a seletividade (CF, art. 155, § 2º, I e III, respectivamente). A primeira característica significa que "o imposto recairá sobre o valor agregado em cada fase da circulação ou prestação, estando assim impedido o efeito cascata, ocasionado pela cobrança de imposto sobre imposto" (SABBAG, 2017, p. 270), enquanto a segunda estabelece que as alíquotas do ICMS (que consistem no percentual com o qual um tributo incide sobre o valor de algo tributado) podem ser estipuladas, para os produtos e serviços sobre os quais recaiam a cobrança do imposto, de acordo com sua essencialidade para os indivíduos.

Além disso, em se tratando do ICMS, é imprescindível ter em mente alguns conceitos básicos para entender a incidência do imposto, enfoque que, entretanto, é pouco útil para o presente artigo. Nota-se a expressão "operações relativas à circulação de mercadorias", por exemplo. Harada ensina sobre o tema:

[...] o caráter mercantil do imposto ficou evidenciado pela expressão "operações relativas à circulação de mercadorias", isto é, só são relevantes juridicamente as operações que digam respeito à "circulação de mercadorias", e não qualquer operação que implique, por exemplo, mero deslocamento físico da mercadoria. Circulação de algo objeto de

comércio (mercadoria) só pode ser aquela que implica transferência de sua propriedade ou posse. (HARADA, 2017, p. 17).

Por agora, entretanto, torna-se relevante entender o art. 158 da Constituição Federal, que trata do repasse do ICMS aos municípios, mais especificamente em seu inciso IV, que traz a seguinte previsão:

Art. 158. Pertencem aos Municípios: [...] IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Tal dispositivo vai além e, no seu parágrafo único, fragmenta esse valor em duas porções. Para o presente estudo, interessa o que diz o inciso II, transcrito a seguir:

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios: [...] II - até 35% (trinta e cinco por cento), de acordo com o que dispuser lei estadual [...].

4 A tributação como instrumento para aplicação de medidas sociais e as possíveis consequências geradas pelo fortalecimento das receitas municipais

Inicialmente, ressalta-se que este tópico se apoiará em obras já pesquisadas acerca dos processos migratórios internos no Brasil.

O modo como sempre se encarou a cobrança de tributos sofreu modificações ao longo das últimas décadas. A figura de Robin Hood, que já chegou a atacar os coletores de impostos, hoje já não se sustenta por falta de sentido. Isso porque a tributação em Estados Democráticos e Sociais é instrumento fundamental para o alcance de seus próprios objetivos. Conforme ensinou Oliver Wendell Holmes Jr., "*Taxes are what we pay for civilized society*".^[2]

Marco Aurélio Greco ressalta a importância de se evoluir de uma visão do ordenamento tributário meramente protetiva do contribuinte para outra em que nele enxergue a viabilização das políticas sociais. Transitamos do puro Estado de Direito, em que se opunham nitidamente Estado e indivíduo, para um novo Estado, ainda de Direito,

mas também social, como estampa o art. 1º da nossa Constituição da República. Isso dá lugar a uma realidade que congrega a liberdade com a participação e a solidariedade. Demonstra que a Constituição brasileira de 1967 foi uma Constituição do Estado brasileiro, enquanto a de 1988 é da sociedade brasileira. Naquela, em primeiro lugar estava a organização do poder; nesta, os direitos fundamentais têm precedência (GRECO, 2000, p. 83-84).

É sabido que a urbanização da população nos municípios do Semiárido poderia proporcionar avanços significativos na qualidade de vida e melhores condições para enfrentar os desafios da estiagem. Por outro lado, a concentração urbana em municípios de pequeno porte populacional traz desafios em termos da capacidade orçamentária e de infraestrutura, pois esses municípios apresentam, em sua maioria, uma grande dependência econômica de transferência de recursos federais e estadual.

De acordo com Ojima e Fusco (2015, p. 144),

uma parte importante dos fluxos migratórios para áreas urbanas no Semiárido está relacionada, por exemplo, à migração de retorno. Migrantes que outrora foram em busca de oportunidades econômicas em grandes cidades, especialmente no Sudeste do país, têm retornado para suas regiões de origem, entretanto, majoritariamente para áreas urbanas.

Ainda segundo os autores,

Outro aspecto recente que ainda não pôde ser confirmado é o impacto que as políticas de transferência de renda, iniciadas pela criação da previdência rural e culminando no Bolsa Família, tiveram nesse processo. Ou seja, a dinamização de um mercado consumidor urbano local, embora em pequena escala, [em função] dos programas de transferência de renda, tem sido apontada como um elemento importante na manutenção de parte da população na região. (ARAÚJO, 2012 *apud* OJIMA; FUSCO, 2015, p. 144.)

Cabe ressaltar que a migração dos prestadores de serviços para outras unidades da federação ocasiona a perda de recursos e tem como impacto um enfraquecimento da economia local de grande parte dos municípios brasileiros, que se tornam cada vez mais dependentes de transferências constitucionais voluntárias, as quais acabam por

funcionar como ferramenta para contrapartidas políticas. Vejamos o que ensina Dallaverde (2016, p. 23):

O estudo das transferências intergovernamentais conduz à necessidade de uma análise mais acurada do próprio federalismo, especialmente sob a perspectiva cooperativa. Este pressupõe a atuação conjunta e coordenada das unidades da federação, visando ao alcance de objetivos comuns, particularmente voltados ao desenvolvimento social e econômico das diversas regiões brasileiras, como medida tendente ao alcance do próprio desenvolvimento nacional e da redução das desigualdades regionais. Contudo, o exame interessa não apenas à composição das relações federativas, mas também às relações estabelecidas entre os Poderes do Estado. Com efeito, esse relevante aspecto que norteia as transferências voluntárias se insere no âmbito dos ajustes decorrentes do chamado presidencialismo de coalizão, caracterizado pelas negociações de caráter político, que são necessárias para a formação da base de sustentação do Poder Executivo no âmbito do Poder Legislativo. Sem a existência de uma maioria nas casas legislativas, o chefe do Poder Executivo – em nível federal, estadual ou municipal – encontra dificuldades ímpares para a aprovação das medidas de seu interesse. Uma das formas de composição de um corpo de aliados reside justamente na liberação de transferências voluntárias inseridas no orçamento público, especialmente por meio de emendas de autoria dos membros do Poder Legislativo respectivo, que visam, em sua maioria, ao atendimento das respectivas bases eleitorais. A esse propósito, no entanto, destaca-se a relevante alteração introduzida no ordenamento constitucional por meio da Emenda Constitucional n. 86, de 2015, que, ao alterar a disciplina da execução da programação orçamentária prevista no artigo 166 da Constituição Federal, tornou obrigatória a execução das emendas parlamentares, limitadas a 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo.

Nesse sentido, um fortalecimento das receitas municipais advindas do ISS a partir da recente decisão do Supremo poderia, do ponto de vista político, desencadear ações por parte dos gestores municipais, como a busca por uma parceria público-privada para a melhoria da infraestrutura de telecomunicações e energia em suas respectivas cidades, na expectativa tanto de reter os atuais profissionais prestadores de serviços de tecnologia da informação quanto de atrair novos, evitando, dessa maneira, a fuga de receitas. Ademais, com a

implementação dessas medidas e o consequente desenvolvimento da economia local, a coletividade seria beneficiada.

5 Conclusão

Como se pôde observar com base na decisão da Suprema Corte brasileira no julgamento da ADI n. 5.669/MG, é possível interpretar uma tendência, no contexto das novas tecnologias, à incidência do ISS nas operações relacionadas aos conceitos de utilidade e imaterialidade.

Esse entendimento ensejará diversos resultados positivos para os municípios, pois haverá mais recursos para a implementação de políticas municipais, o que trará retorno social à coletividade local.

Não obstante, muito se tem discutido acerca da dificuldade da não limitação ao conceito previsto no Código Civil quanto à obrigação de fazer ou dar, mas do prisma de sua utilidade. Apesar de ser defendido, no voto do Relator, o entendimento de que, ainda que se admita ser legítima a incidência do ICMS sobre bens incorpóreos ou imateriais, para que ocorra o fato gerador do imposto estadual, é indispensável que haja transferência de propriedade do bem, o que não parece ocorrer nas operações com software que estejam embasadas em licenças ou cessões do direito de uso.

Para esse fim, embora não tenha sido informado de maneira clara tanto no voto do relator como no dos demais ministros, a transferência da propriedade do software poderia ser entendida como a entrega, em definitivo, do código-fonte do aplicativo.

Segundo o *Dicionário Michaelis*, uma das acepções do verbete código-fonte é:

Conjunto de códigos escritos pelo programador que não pode ser executado diretamente pelo computador, mas tem de ser traduzido em um programa de código-objeto por um compilador ou interpretador.

Nesse prisma, seria possível interpretar que, até mesmo nas relações de aquisição de softwares de prateleira, independentemente de terem sido produzidos de forma personalizada, não há a transferência do código-fonte que é, de fato, o diferencial competitivo que continuará a pertencer ao desenvolvedor, seja ele pessoa física

ou jurídica, ocorrendo, tão somente, a entrega do código compilado (código-fonte que fora submetido a um compilador), essencial para a execução das tarefas esperadas.

De acordo com o Dicionário Online de Português, o termo *compilador* significa: "Informática (Programa) que converte as instruções de uma linguagem qualquer de programação (p. ex., Cobol, Pascal) para linguagem de máquina, passível de ser entendida e processada pelo computador".

Assim, evidencia-se que o desenvolvedor do software permite que os consumidores de seus softwares usufruam tão somente das utilidades de maneira restrita, sem obterem qualquer conhecimento do projeto do software, dependendo, exclusivamente, das melhorias futuramente desenvolvidas pelo detentor do código-fonte.

Por fim, muito embora o STF tenha resolvido questões exclusivamente relacionadas à competência do ICMS e do ISS, absteve-se de definições, na referida ADI, quanto à incidência de tributos federais. Dessa forma, deixa uma zona nebulosa em relação ao conceito de mercadoria para fins de incidência do Imposto de Renda, não sendo possível extrair raciocínio claro a ponto de alinhar definições para fins de tributação federal. Dessa maneira, o Supremo deverá retomar o assunto para análise mais aprofundada, de modo a resolver essa questão em aberto.

Referências

ARAÚJO, Tânia Bacelar de. Economia do semiárido nordestino: a crise como oportunidade. **Revista Coletiva**, Fundação Joaquim Nabuco, Recife, n. 6, out./dez. 2011.

ARAÚJO, Lindemberg Medeiros de. Políticas públicas de turismo e território em regiões periféricas. In: CASTILHO, C. J. M.; SELVA, V. S. F. (org.). **Turismo, políticas públicas e gestão dos ambientes construídos**. Recife: Ed. da Universidade Federal de Pernambuco, 2012. p. 53-72.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.659-MG. Relator: Min. Dias Toffoli. **DJ** 23 ago. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5132886>. Acesso em: 5 out. 2022.

CÓDIGO-FONTE. In: **Dicionário Michaelis**. São Paulo: Melhoramentos, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/c%C3%B3digo-fonte/>. Acesso em: 14 nov. 2022.

COMPILADOR. In: **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/compilador>. Acesso em: 14 nov. 2022.

DALLAVERDE, Alexsandra Katia. **As transferências voluntárias no modelo constitucional brasileiro** [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016. (Série Direito Financeiro/Coord. José Maurício Conti).

GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições: uma figura sui generis**. São Paulo: Dialética, 2000.

HARADA, Kiyoshi. **ICMS: doutrina e prática**. São Paulo: Atlas, 2017.

OJIMA, Ricardo; FUSCO, Wilson (org.). **Migrações nordestinas no século 21: um panorama recente**. São Paulo: Blucher, 2015. *E-book*.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RIANI, Flávio; ALBUQUERQUE, Célio Marcos Pontes de. Impactos distributivos regionais da Lei Robin Hood. In: **XVI Seminário sobre Economia Mineira**, Diamantina-MG, 2014. Disponível em: <https://diamantina.cedeplar.ufmg.br/2014/site/arquivos/impactos-distributivos-regionais-da-lei-robin-hood.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2020.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Direito tributário essencial**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). **Direito tributário: tributação internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. (Série GVlaw).

Notas

[1] *Vide* art. 3º da Constituição Federal:

“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”.

[2] “Os impostos são o que pagamos por uma sociedade civilizada”. Inscrição acima da entrada principal do prédio da Receita Federal dos Estados Unidos (*Internal Revenue Service Federal building*).

O direito à educação e a desigualdade social: acesso, qualidade e permanência em um ensino universalizado

Guilherme Henrique Bento Reis

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Resumo: Este artigo apresenta algumas análises acerca do direito à educação e as implicações da desigualdade social nesta garantia fundamental assegurada constitucionalmente, tendo como foco as dimensões de acesso, qualidade e permanência trazidas pela professora Carlota Boto. Para isso, o estudo toma por base a análise de pesquisa bibliográfica de trabalhos científicos produzidos sobre essa temática. A análise explora como se apresenta a relação entre desigualdade e educação e como isso afeta o aprendizado dos alunos. Ainda, fomenta a discussão sobre as consequências trazidas por essa relação desigualdade-educação para a construção do saber crítico, universalizado e igualitário, de modo a garantir a plena diversificação do ambiente escolar e o desenvolvimento da sociedade. Destaca-se que o presente estudo não possui o objetivo de esgotar o assunto, mas apenas busca impulsionar algumas reflexões e apontamentos acerca da importância do direito social à educação para a mitigação das desigualdades sociais existentes. Com esse fundamento, mostra-se necessária a análise feita neste estudo, visto que é imprescindível a garantia do direito social à educação a todos os indivíduos, objetivando o desenvolvimento social e econômico de toda sociedade.

Palavras-chave: direito à educação; desigualdade social; acesso; permanência; qualidade.

Sumário: 1 O direito fundamental à educação. 2 O direito à educação sob um aspecto dimensional. 3 Políticas educacionais e a garantia do acesso a uma educação democrática. 4 Conclusão.

1 O direito fundamental à educação

Os direitos fundamentais são o centro de proteção da dignidade da pessoa e se estabelecem na visão de que a Constituição é o documento adequado, com força vinculativa máxima, para assegurar essa defesa. O núcleo da proteção de direitos está na pessoa humana, que é a razão do início e do fim de todo direito.

Após a Declaração Internacional dos Direitos do Homem, no ano de 1948, emerge um pensamento que reconhece a necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana como um valor absoluto da vida em sociedade e como princípio de garantia estatal. Esse pensamento se baseia na consciência de que determinados valores do homem são de tamanha valia que a sua violação inviabilizaria a própria existência do Estado e da sociedade e, ainda mais, dentro da construção de um Estado Democrático; ou seja, certos direitos preexistem ao próprio Estado como o conhecemos.

Ademais, a referência desse conceito de dignidade da pessoa humana também encontra uma relação com o cristianismo, visto que o ensinamento de que o homem é criado à imagem e à semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la explicam a natureza humana como importante valor intrínseco que deve nortear o direito positivo (MENDES; BRANCO, 2017, p. 134).

Numa perspectiva histórica, os direitos fundamentais são divididos em três dimensões.^[1] Os direitos de primeira dimensão são os primeiros a serem positivados e buscam uma autonomia pessoal com a liberdade individual, concentrada nos direitos civis e políticos com abstenção de governantes, já que a intervenção estatal interferiria nas liberdades dos indivíduos. São eles: liberdades individuais como consciência, direito de reunião, inviolabilidade de domicílio, direito de expressão, devido processo legal, proteção à vida privada, presunção de inocência, liberdade de locomoção, sufrágio universal, direitos de cidadania, entre outros. São direitos do homem individualmente considerado.

Após a Primeira Guerra Mundial, surge uma nova geração de direitos, os direitos de segunda dimensão que, de outro modo, não mais obrigam à abstenção do Estado, mas sim a uma prestação positiva, que busca estabelecer uma liberdade real e igualitária para todos os

indivíduos. Nessa segunda geração, entram assistência social, trabalho, educação, saúde, lazer e demais direitos sociais em geral.

Por fim, surgem os direitos de terceira dimensão, norteados pelo ideário de fraternidade e solidariedade, que se destacam por sua natureza difusa ou coletiva, tendo em vista que são concebidos para a proteção de grupos ou de toda coletividade. Entram aqui o direito ao meio ambiente, à cultura, ao patrimônio histórico, ao desenvolvimento, à paz, entre outros.

Nesse processo dimensional, o professor Paulo Gustavo Gonet Branco, em sua obra com o ministro Gilmar Mendes (MENDES; BRANCO, 2017), estabelece o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo, em que cada direito de uma respectiva geração interage de forma pacífica um com o outro, possibilitando a coexistência e a compreensão.

Nessa perspectiva de direitos fundamentais, destacam-se aqui os direitos de segunda geração – direitos sociais –, que são direitos de prestação em sentido amplo, pois dizem respeito à intervenção do Estado para a criação de procedimentos e garantias judiciais na instituição de diversos auxílios em forma de pecúnia, assistência de políticas públicas, entre outros que dependem de emprego de recursos públicos para a sua garantia. Alexandre de Moraes define os direitos sociais como

direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado Democrático de direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAES, 2014, p. 203).

Assim, entre esses direitos sociais, temos o núcleo do presente estudo, que é o direito à educação, a garantia de seu acesso e suas nuances de grande importância na mitigação da desigualdade social e racial.

O direito à educação é um direito social da segunda geração de direitos fundamentais, assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil, pelo qual se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos quanto a seu acesso e concretização. Tal direito possui grande relevância na concretização dos valores tutelados pelo diploma constitucional, estando intimamente ligado aos fundamentos do Estado

Democrático de Direito, visto que a educação conserva sua importância na construção de um patamar mínimo de dignidade para todos.

O próprio texto constitucional prenuncia a missão da educação em se desenvolver visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, conforme se observa no art. 205 da Constituição Federal.

No intuito de efetivar esse direito fundamental com a qualidade que ele exige, o legislador constituinte estabeleceu um contorno legal com uma série de requisitos, como a igualdade de condições para o acesso à escola e permanência nela, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, a autonomia universitária, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, a gestão democrática do ensino público, a garantia do padrão de qualidade de piso salarial profissional para os professores, entre outras prerrogativas; tudo visando a garantir a máxima efetivação desse direito e o pleno desenvolvimento dos indivíduos.

Contudo, apesar da exposição, qual é a definição de educação?

Num sentido mais amplo, no glossário do Relatório de Monitoramento Educação para Todos da UNESCO (2008), a educação é definida como

Programas elaborados principalmente para levar aos estudantes uma compreensão mais profunda de uma disciplina ou de um grupo de disciplinas, visando principalmente, mas não necessariamente, prepará-los para a educação futura, seja no mesmo nível, seja num nível mais elevado. Esses programas são tipicamente baseados na escola e podem ou não conter elementos profissionalizantes. A conclusão desses programas não garante aos estudantes uma qualificação de relevância no mercado de trabalho.

Nisto, temos que a educação estabelece um fim em si mesma, o qual é voltado para a satisfação humana, para o desenvolvimento da pessoa – sua personalidade, capacidade mental, consciência humanitária etc.

O direito à educação se realiza tanto na dimensão individual quanto na esfera pública, visto que, ao mesmo tempo em que se apresenta como uma premissa de satisfação pessoal de desenvolvimento das capacidades individuais, também pode ser integrante do bem comum

da sociedade, voltado ao desenvolvimento social, trazendo a peculiaridade de se apresentar com mais de uma das dimensões dos direitos fundamentais acima versadas.

Vejamos, dentro da esfera individual, o direito à educação assume seu papel ensejador na realização profissional do indivíduo, em seu processo de aprendizagem e desenvolvimento enquanto ser, cidadão, sujeito de direitos, de personalidade. Tendo a educação como processo formativo, entende-se que é na escola que o indivíduo geralmente tem o primeiro contato com outros, que não aqueles envolvidos no seu núcleo familiar. Na escola, aprendem-se os primeiros valores da convivência em sociedade fora do meio familiar privado. Ademais, muitas vezes é através dela que os indivíduos conseguem sair da marginalização social e da pobreza, buscando melhores condições de dignidade para toda a família.

Na esfera pública, por sua vez, a educação assume seus contornos dentro das políticas públicas, tendo em vista a realidade socioeconômica do País e o cenário jurídico-legal estabelecido pelo poder constituinte em resposta a essa realidade. A educação, na visão republicana (coisa pública), é indispensável ao crescimento econômico, desenvolvimento humano e redução da pobreza, considerando que pode ser associada a melhorias nas condições de saúde, à redução do crescimento populacional exacerbado, ao fortalecimento da democracia, à boa governança e à segurança da sociedade. Não é novidade que as desigualdades sociais e econômicas sempre estabeleceram grande estratificação da sociedade brasileira em todos os âmbitos, e no quesito educação não foi diferente. Verificou-se que as desigualdades materiais e as diferenças de oportunidades colocaram obstáculos para a satisfação individual, exigindo do Estado uma posição ativa nas obrigações de, ao menos, mitigar essas desigualdades observadas na esfera particular das pessoas. Desse modo, com uma nova estruturação normativa, visando ao direito público de um grupo de indivíduos, vislumbra-se o direito social como um instrumento do poder do Estado para equilibrar as oportunidades e esmaecer as situações de desigualdade material. Tamanha é a importância dessa dimensão pública do direito à educação, que Montesquieu (*apud* ARNESEN, 2010, p. 74) entende a educação como um elemento de organização do Estado, compreendendo que não é possível estabelecer uma República sem promover uma educação republicana, de modo que suprimir o

acesso educacional aos indivíduos seria contraditório ao próprio fundamento do Estado, visto que este objetiva um bem comum, estando isso intimamente ligado à sua finalidade.

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que a educação é um dever do Estado e da família e um direito de todos, denota a necessidade de serem estabelecidas prestações de políticas capazes de garantir de forma efetiva a concretização desse importante direito social a todos os indivíduos.

Assim, para garantir tal direito, o Comitê de Direitos Econômicos e Culturais da Organização das Nações Unidas propôs um Comentário Geral, o de n. 13, ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, no qual expôs que a educação, em todas as suas formas e níveis, deve apresentar quatro características essenciais para o seu pleno desenvolvimento:

a) Disponibilidade: As instituições de ensino em funcionamento e os programas de ensino têm de estar disponíveis em quantidade suficiente no âmbito da jurisdição do Estado Parte. As condições para que funcionem dependem de numerosos fatores, entre outros, o contexto de desenvolvimento no qual atuam; por exemplo, é provável que as instituições e os programas necessitem de edifícios ou de outra proteção contra os elementos, instalações sanitárias para ambos os sexos, água potável, docentes qualificados e com salários competitivos, materiais de ensino, etc.; enquanto alguns irão também necessitar de instalações como bibliotecas e serviços de informática e de tecnologias de informação;

b) Acessibilidade: As instituições e os programas de ensino têm de ser acessíveis a todos, sem discriminação, no âmbito do Estado Parte. A acessibilidade consta de três dimensões sobrepostas:

i - Não discriminação: A educação tem de ser acessível a todos, em especial aos grupos mais vulneráveis, de fato e nos termos da lei, sem discriminação por nenhum dos motivos proibidos (ver n.º 31 a 37 sobre a não discriminação);

ii - Acessibilidade física: A educação tem de ser acessível em termos físicos quer seja pela sua localização geográfica de acesso razoável (por exemplo, uma escola de bairro), quer pela tecnologia moderna (por exemplo, acesso a programas de "ensino à distância");

iii - Acessibilidade econômica: A educação tem de estar ao alcance de todos. Esta dimensão da acessibilidade está condicionada pelas diferenças de redação do n.º 2 do artigo 13, no que respeita ao ensino primário, secundário e superior: enquanto o ensino primário tem de ser acessível "gratuitamente a todos", é pedido aos Estados Partes que introduzam de forma progressiva a educação secundária e superior gratuitas;

c) Aceitabilidade: A forma e a substância da educação, incluindo os programas de estudo e os materiais de ensino, têm de ser aceitáveis (por exemplo, relevantes, culturalmente adequados e de boa qualidade) para os estudantes e, em casos apropriados, para os pais; este ponto encontra-se sujeito aos objetivos mencionados no artigo 13, n.º 1 e às normas mínimas que o Estado aprova em matéria de ensino (ver artigo 13, n.º 3 e 4);

d) Adaptabilidade: A educação tem de ter a flexibilidade necessária para adaptar-se às necessidades da sociedade e comunidades em transformação e responder às necessidades dos alunos em contextos culturais e sociais diversos. (ONU, 1999).

Essas características aplicadas de forma inter-relacionada exprimem a importância de se garantirem políticas públicas bem elaboradas para a efetiva garantia do direito social à educação. Nessa lógica, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece também alguns princípios norteadores para a aplicação do direito social à educação, como a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar, divulgar; o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas; a gratuidade do ensino público; a gestão democrática do ensino público. Esses princípios visam a atender aos objetivos fundamentais da República, dispostos no art. 3º do diploma constitucional. Vejamos:

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.

Dando ênfase ao inciso III desse dispositivo, a educação, conforme já prenunciado, além de sua respeitável missão para a construção e evolução da sociedade, assume importante papel na erradicação da pobreza e da marginalização e na redução das desigualdades sociais e regionais, pois, através dela, o indivíduo busca sua realização pessoal e profissional visando a ter melhores condições de vida e também a estabelecer um desenvolvimento econômico familiar.

No entanto, mesmo sendo o caminho pelo qual o indivíduo se desenvolve socialmente, a educação sofre considerável influência desse contraste social (de modo geral), sendo um produto social em que se observa desequilíbrio em sua distribuição.

As consequências do período colonial, a escravatura e a fraca intervenção do Estado no sistema de estratificação social, entre outros fatores, fizeram com que a sociedade, até os dias de hoje, se apresentasse cheia de contrastes e diferenças gritantes. Assim, conforme assevera Carlos Roberto Jamil Cury (2002, p. 11), "A pirâmide educacional acompanha muito de perto a pirâmide da renda e da riqueza". Não é a escola, o âmbito educacional, a razão principal da desigualdade e da exclusão social; todavia, a instituição escolar persevera na missão de, ao menos, mitigar estes fatores de dissemelhança em seu funcionamento, enquanto as injustiças e as desigualdades sociais causam diretamente as desigualdades escolares.

O relatório de James S. Coleman, trazido por Brooke e Soares (2008), apresenta um estudo realizado no sentido de que, na realidade, a escola não faz diferença na questão em debate. De acordo com o exposto por ele, as desigualdades escolares são frutos das desigualdades sociais, e os insumos tradicionalmente considerados como indicadores da qualidade escolar em pouco ou em nada contribuem para o sucesso do aluno em termos de seu aproveitamento educacional. Sendo assim, Coleman conclui que as diferenças entre as diversas escolas somente são responsáveis por uma pequena fração no desempenho dos alunos e que a esperança de combater a desigualdade social mediante distribuição de investimento nas escolas é, na realidade, um mito, visto que as diferenças entre aprendizagem não dependem do tipo ou localização das escolas.

Acrescenta Coleman que os fatores contribuintes para a desigualdade social dentro do âmbito escolar são as diferenças econômicas

mensuráveis entre as famílias – o que entende por *background* familiar – e também a habilidade cognitiva do indivíduo. As diferenças qualitativas entre as escolas, segundo tal autor, representam apenas 2% da variação no aproveitamento educacional dos alunos, uma porcentagem pequena. Neste caso, é o seio familiar, e não a escola, que faz a diferença.

Todavia, Brooke e Soares ressaltam que essa conclusão à qual chegaram as interpretações mais radicais do Relatório Coleman inspira uma conexão entre insumos escolares e resultados, ignorando todo o processo escolar, deixando de fora as características sociais e culturais da instituição e colocando a escola como uma produtora automática de resultados. Na realidade, esclarecem os autores, a escola possui importante papel no desempenho dos alunos e ainda conserva uma atribuição decisiva na melhoria do aprendizado cognitivo dos indivíduos.

Desse modo, verifica-se que a escola não é a única responsável pela desigualdade apresentada dentro de seu seio educacional, tampouco por sanar essa desigualdade. Entretanto o cenário pode se agravar se a instituição não apresenta uma boa estrutura educacional, uma boa qualidade, sendo, de tal modo, uma escola ineficaz, visto que, conforme cita Valerie E. Lee (*apud* BROOKE; SOARES, 2008, p. 296), os alunos são profundamente influenciados pelas escolas que frequentam. Dentro da instituição escolar, o aluno aprende a ler, a escrever e adquire novos conhecimentos, atitudes e valores que levará ao longo de sua vida. E será no futuro, no mercado de trabalho, que esse aluno vai empreender todos os ensinamentos escolares vivenciados ao longo da vida educacional, utilizando sua escolarização para, entre outras coisas, atuar na distribuição de renda e intentar mitigar as desigualdades econômicas e sociais encontradas na sua comunidade e em toda sociedade.

2 O direito à educação sob um aspecto dimensional

Carlota Boto (2005) sustenta que o direito à educação ter-se-ia desenvolvido em três gerações ou dimensões, ao conceber que os direitos nascem e se desenvolvem essencialmente pela conjuntura histórica de formações sociais. De acordo com ela, baseado nessa ideia, (I) o ensino ter-se-ia tornado público na medida em que todos conseguem o acesso à escola; (II) a educação como um direito passa a buscar uma maior

qualidade do ensino oferecido, reconhecendo os ideais democráticos internos à vida escolar, conforme já exposto em tópico anterior do presente estudo; (III) e também o direito à educação passa a ser consagrado quando a escola contempla grupos sociais que possuem maior dificuldade de ter acesso a esse direito subjetivo, de forma a construir a escola pública, gratuita, obrigatória e laica. Nesta última dimensão, entram as políticas públicas como reserva de cotas, bolsas etc.

Essa visão dimensional do direito à educação proposta pela autora é feita, de forma perspicaz, por analogia à luz das dimensões (ou gerações) de direitos fundamentais expostas no início deste artigo: os direitos de primeira geração dialogam com um ensino universal, para todos, numa mesma escola, destacando até mesmo o uso do uniforme como um meio para disfarçar as diferenças. Nisso, ao se indagar sobre os padrões de qualidade do ensino quando a rede escolar incorpora uma população mais ampla, a autora cita Azanha (*apud* BOTO, 2005), denotando que a qualidade dos poucos que anteriormente tinham acesso privilegiado à educação não possui qualquer legitimidade para ser invocada em frente àqueles que anteriormente eram dela excluídos. Sendo assim, não é possível aferir padrões de qualidade sem questionar a quem se atribuem estes padrões (BOTO, 2005).

Após firmada essa garantia do acesso à escola, insere-se na segunda dimensão de direitos a questão da boa qualidade que possibilite o bom êxito no processo de aprendizagem. Há de se estruturar um padrão de qualidade no ensino que seja comum a todos, com revisão de métodos e conteúdos que norteiem o ensino, avançando ao que se compreende ser um direito público de segunda geração – todos na escola e em uma escola de boa qualidade, que seja capaz de se relacionar com diversas tradições familiares e comunitárias (BOTO, 2005).

Na terceira dimensão de direitos educacionais, buscam-se a tolerância e a partilha entre diferentes culturas, comunidades, grupos sociais, numa visão de justiça distributiva. Contemplar essa diversidade significaria aceitar e conviver com as distintas trajetórias, diferentes pertencas culturais que passam a fazer parte de um currículo aberto, desconstruindo a ideia de um saber sequencial, estancado e hierarquizado. Nessa geração, ganham destaque as políticas públicas focadas em setores que eram excluídos, de alguma forma, de fruir direitos que, por lei, já seriam seus (BOTO, 2005).

Assim, estariam aqui as três dimensões dos direitos educacionais, com fundamento nas dimensões de direitos fundamentais: a primeira busca reconhecer uma igualdade dos sujeitos do direito de serem educados; a segunda busca criar critérios para garantir a qualidade do ensino ministrado; e a terceira busca pensar na diversidade através da equidade e da justiça, traduzindo o universo da escolarização.

3 Políticas educacionais e a garantia do acesso a uma educação democrática

Em face do apresentado, entende-se que a educação deve ter como desígnio disponibilizar condições para o desenvolvimento pleno do indivíduo e de suas capacidades. O direito social à educação compreende muito mais do que somente o ensino dentro das salas de aula. O sistema educacional deve oportunizar, com a colaboração da sociedade, a participação social com o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho, nos termos do que estabelece a Constituição cidadã (1988), fomentando valores físicos, morais, éticos, sociais e criativos, em condições de dignidade para o indivíduo, sujeito em formação.

Para a efetivação do direito social à educação, são necessárias ações estatais concretas que possibilitem a plena satisfação do direito individual e, ao mesmo tempo, coletivo, tendo em vista que o estabelecimento de um sistema educacional adequado não é interessante apenas aos indivíduos beneficiários, mas a toda a coletividade.

Nesse propósito, as políticas educacionais vêm no sentido de fornecer aporte para a ampliação, universalização da educação e a permanência na escola, considerando, ainda, as diferenças e a mitigação das desigualdades. Assim, essas políticas educacionais também envolvem intervenções em outras esferas de proteção, como a rede de assistência social, saúde, esporte, família e até mesmo a comunidade em que o indivíduo está inserido, conforme será destacado.

Por meio das políticas educacionais, o Estado assegura que todos os indivíduos possam estudar, criando mecanismos para incluir os alunos com deficiência ou que de alguma forma estejam impedidos de acessar a escola. Também, através dessas medidas, o Estado viabiliza uma adequada estrutura física para melhor propiciar um aprendizado

de qualidade, como distribuição de livros, acesso à internet nas salas, mesas e cadeiras satisfatórias, entre outros empreendimentos que se mostrarem necessários para um aprendizado melhor e integral. Além disso, as políticas em contato com a comunidade do indivíduo, pela colaboração da sociedade, asseguram um melhor acolhimento do aluno, adaptando-se à realidade do estudante, considerando suas necessidades, sua forma de aprendizado e suas subjetividades, contribuindo para um ambiente educacional respeitoso e acolhedor, de forma a assegurar a permanência do aluno na rede educacional.

A partir de uma perspectiva histórica, Libâneo (2016), esclarece que, com base em uma política de internacionalização no contexto da globalização, reuniram-se agências de diversos países, e de vários tipos, a fim de formularem políticas públicas para países emergentes ou em desenvolvimento, no intuito de reformular o capitalismo e ajudar na reconstrução econômica dos países que sofreram com as consequências da Segunda Guerra Mundial. Para isso, o Banco Mundial – Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (Bird) – e o Fundo Monetário Internacional concediam empréstimos para os países emergentes no intuito de se reestruturarem e imporem políticas econômicas e sociais. É nesse contexto que se desenvolveram as políticas educacionais com objetivos definidos por organismos internacionais ligados a potências econômicas mundiais e tomando por fundamento uma agenda globalmente estruturada para a educação, através de diretrizes, programas, projetos de lei, entre outros, com o objetivo de mitigar a pobreza e inserir os indivíduos no mercado financeiro pelo seu poder de compra, permitindo a expansão do capitalismo (LIBÂNEO, 2016). De acordo com Leher,

longe de ser uma questão marginal, a educação encontra-se no cerne das proposições do Banco Mundial, como um requisito para a inexorável globalização, cumprindo a importante função ideológica de operar as contradições advindas da exclusão estrutural dos países periféricos que se aprofunda de modo inédito. O Banco Mundial inscreve a educação nas políticas de alívio da pobreza como ideologia capaz de evitar a "explosão" dos países e das regiões periféricas e de prover o neoliberalismo de um porvir em que exista a possibilidade de algum tipo de inclusão social ("todo aquele que se qualificar poderá disputar, com chance, um emprego"), para isto, a coloca no topo de

seu programa de tutela nas regiões periféricas. (LEHER, 1998, p. 9 *apud* LIBÂNEO, 2016, p. 7).

No Brasil, os primeiros empréstimos ao Ministério da Educação, ocorridos na década de 1970, beneficiavam o ensino profissionalizante de nível médio, em razão de que o País necessitava de uma formação de mão de obra qualificada para um crescimento industrial, de modo a surtir impacto na economia.

Todavia, Furtado (2005, p. 57) disserta que foi percebido que a distribuição da renda, além de uma questão social, também era uma questão política, visto que deveria ser assegurada a estabilidade contra possíveis crises regionais. Nesse sentido, a necessidade de se observarem a pobreza e as discrepâncias entre as classes sociais para a reestruturação do sistema fez com que o Bird investisse no setor social, dando prioridade à educação básica. Assim se verifica a subordinação do sistema educacional ao sistema econômico, dado que o investimento no processo educacional somente se apresentou como prioridade no cenário de desequilíbrio estrutural do sistema capitalista. Apesar de seus interesses, não se pode negar que o Banco Mundial foi e é um importante financiador para a educação.

Em seus interesses, o financiador também propõe uma nova ótica para a gestão escolar, trazendo mudanças financeiras e administrativas como “utilização de impostos dos governos locais, divisão de custos com as comunidades, o estímulo à diversificação das receitas, [...] a participação dos pais e da comunidade”, conforme cita Furtado (2005, p. 57). Essas medidas, de acordo com o Banco Mundial, seriam importantes para um bom desempenho da instituição escolar.

Nesse sentido, as políticas públicas educacionais devem ser construídas levando em conta um diálogo com a sociedade, pela escuta e participação com a comunidade, com vistas a diminuir as desigualdades sociais e garantir que um maior número de pessoas possa ter acesso ao direito educacional nas três dimensões expostas anteriormente (acesso, qualidade e permanência), de modo a se desenvolverem plenamente, conforme prenuncia o art. 205 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade,

visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A Lei n. 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) – é a principal política pública garantidora do direito educacional em suas dimensões, visto que abrange o sistema educacional do País de modo geral, definindo uma articulação entre União, estados e municípios para a redução da desigualdade e a garantia da qualidade. Para isso, a LDB criou a Base Nacional Comum Curricular (BNCC), um alicerce que norteia a elaboração de currículos da educação básica.

Além da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, o Plano Nacional de Educação e os Planos Municipais de Educação também são políticas públicas educacionais que visam à garantia integral do direito social à educação. Através do conjunto de metas estabelecidas e estratégias traçadas para a plena consecução dos objetivos, aos poucos conseguimos universalizar todo ensino básico e progredir no desenvolvimento nacional.

Outro exemplo muito importante de política pública educacional a ser destacado é o Estatuto da Criança e do Adolescente, que trouxe para o âmbito jurídico o entendimento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos (lazer, educação, cultura, saúde). Na vigência do antigo Código de Menores, fruto de uma época autoritária, esse documento legal trazia a prerrogativa dos menores em situação irregular, que abarcava tanto os indivíduos menores de idade que cometiam alguma infração quanto aqueles que estavam em situação de risco e (ou) vulnerabilidade.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Constituição democrática e cidadã), consagrou-se o princípio da proteção integral da criança e do adolescente através de seu art. 227, que denota ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e comunitária, à vida, à saúde, à educação, além de outros direitos fundamentais inerentes à infância e à adolescência. Nessa perspectiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhecendo a condição peculiar das crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento, assegurou-lhes todos os direitos fundamentais, entre os quais o direito a educação, saúde, lazer, convivência familiar

e comunitária, sendo uma importante política educacional legal para a efetivação do pleno desenvolvimento do indivíduo.

Também, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) é outra importante política educacional responsável pela assistência técnica e financeira aos estados e municípios para programas como o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), o Programa Nacional do Livro Didático (PNLD), o Programa Nacional de Tecnologia Educacional (ProInfo), entre outros. Ademais, o FNDE capitaliza programas de formação continuada, oferecendo bolsas de estudos e pesquisa destinadas aos profissionais das redes públicas de ensino, valorizando o profissional da educação. A Escola da Terra, a Escola de Gestores e o Pacto Nacional pela Alfabetização na Idade Certa (PNAIC) são exemplos desses programas que potencializam garantias no sistema educacional brasileiro (BRASIL, 2009).

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) é outra política educacional que reúne fundos provenientes dos impostos e da transferência de todos os estados da federação e do Distrito Federal. Estes recursos são destinados aos estados, Distrito Federal e municípios para manutenção e desenvolvimento da educação básica pública, conforme relata o Ministério da Educação.

Por meio dos recursos reunidos nessas políticas, também é possível a execução de programas que viabilizam diretamente o direito educacional, nas suas dimensões de acesso, permanência e qualidade no ensino. Entre eles, temos o Programa Caminho da Escola, que tem como objetivo renovar, padronizar e ampliar a frota de veículos escolares nas redes municipais, distrital e estadual de educação básica pública, oferecendo condições para estudantes que moram distante das instituições escolares. Tal programa fornece ônibus, lanchas, bicicletas, entre outros meios de condução para estudantes, principalmente os de áreas rurais, para o transporte escolar, assegurando o acesso diário e a permanência dos estudantes nas escolas da rede pública (BRASIL, 2009).

Conforme dito, a garantia do direito à educação não é simplesmente e isoladamente a garantia de um bom ensino. Para que seja assegurada

a universalização do sistema educacional, também se faz necessário um olhar mais amplo para o enfrentamento das realidades nacionais que vão de encontro ao projeto de todos terem acesso a uma escola pública, gratuita e de qualidade. As políticas públicas intersetoriais ganham destaque nessa perspectiva, visto que englobam, entre outras, ações de assistência social, educação e saúde. De uma forma integrada, as políticas intersetoriais garantem que as situações em que se observam vulnerabilidades ou fragilidades de diversos modos possam ter saídas e soluções coletivas, conforme esclarece o sítio do Ministério da Educação (BRASIL, 2009).

Um grande exemplo dessa política intersetorial é o Bolsa Família, que sofreu recente alteração pelo Governo Federal e que agora se denomina como Auxílio Brasil. Tal programa, conforme consta no site informativo do Ministério da Cidadania (BRASIL, 2022), faz parte de uma política pública para transferência direta e indireta de renda, promovendo o alívio imediato da pobreza. Todavia, de forma condicionada, reforça o acesso a direitos sociais básicos nas áreas de educação, assistência social e saúde, contribuindo para o desenvolvimento integral do indivíduo e de sua família. Além disso, o Auxílio Brasil contém outros benefícios atrelados a ele, como o benefício para esporte escolar – incentivando o esporte –, a inclusão produtiva rural – estimulando a agricultura familiar –, entre outros que, de forma integrada com outros setores, favorecem o ensino atrelado à convivência familiar e comunitária, desenvolvendo uma educação com um olhar mais subjetivo para a realidade do sujeito.

Portanto, verifica-se que as políticas educacionais sempre estiveram ligadas a aspectos econômicos da época. Nasceram através de uma necessidade de reestruturação do modelo capitalista e, com o tempo, se apresentam necessárias e imprescindíveis para a garantia de uma educação de qualidade, pautada na subjetividade do indivíduo, suas necessidades, vivências, alcançando, deste modo, a universalização do ensino.

Com isso, exemplifica-se a visão inicial da educação como um significativo fator econômico-social, bem como que foi ganhando destaque o entendimento da importância desse direito para o desenvolvimento da sociedade. Ainda há muito o que se discutir e caminhar no assunto do direito social à educação. Entretanto, há de se considerar

que estamos evoluindo para a universalização de um ensino democrático e igualitário, atento à subjetividade e às necessidades dos indivíduos, com vistas à mitigação das desigualdades sociais, econômicas, políticas, regionais e outras.

4 Conclusão

Pelo exposto, temos que o direito social à educação se apresenta como um dos principais meios para o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade. Na esfera pública, o direito à educação é visto também como um importante instrumento de poder estatal para equilibrar as oportunidades e atenuar ou sanar as desigualdades sociais existentes.

A dignidade da pessoa humana, como principal garantia estatal, e a proteção dela em diplomas legais, nacionais e internacionais possibilitam o crescimento do indivíduo ao assegurar condições de sobrevivência. A educação insere-se neste cenário de garantia de um patamar mínimo de dignidade aos indivíduos, abrangendo, entre outras concepções, um processo de formação, de desenvolvimento da vida familiar, de convivência humana e movimentos sociais.

Ao entender o direito à educação como um direito social de três dimensões, conforme sustenta Carlota Boto (2005) – acesso, qualidade e permanência –, é possível vislumbrar a universalização do ensino. Para a garantia dessa universalização à luz dessas três dimensões, faz-se necessário que a educação seja para todos, sem diferenciações ou preferências, que seja disponibilizada com boa qualidade e eficácia, que possibilite um bom aprendizado e, além disso, que supere as desigualdades entre os alunos e contemple a diversidade, as distintas trajetórias e pertenças culturais, respeitando a subjetividade do indivíduo.

É nessa oportunidade que as políticas públicas se inserem, atualmente, para auxiliar na mitigação das desigualdades sociais e na garantia do acesso, qualidade e permanência no ensino no Brasil.

A princípio as políticas públicas foram pensadas para a reestruturação do capitalismo no pós-guerra. Todavia, além da distribuição de riquezas, observou-se que também deveriam ser consideradas a diminuição da pobreza e a atenuação das desigualdades sociais para

o desenvolvimento social, dando prioridade à educação como uma grande aliada para a reestruturação do sistema econômico. Nesses termos, as políticas públicas na área educacional passam a ser pensadas através de um diálogo com a comunidade, conforme estabelecido no diploma constitucional e em outros documentos internacionais.

Além das políticas educacionais (LDB, ECA, FNDE, Fundeb, planos nacionais e municipais de educação, entre outras), há os programas vinculados a essas políticas que concretizam a proteção absoluta dos indivíduos em desenvolvimento e contribuem para a garantia da dignidade da pessoa humana sob a ótica da educação, como o Programa Nacional de Alimentação Escolar, com a concessão da merenda escolar – visto que há alunos que não possuem condições de dispor de uma boa alimentação saudável e necessária para um melhor aproveitamento educacional –, e o Programa do Livro Didático, considerando que a compra de livros didáticos se mostra onerosa para muitas famílias. Outro programa que também merece destaque é o Programa Caminho da Escola, que viabiliza diretamente o acesso à escola. O Caminho da Escola disponibiliza veículos automotores (ônibus, bicicletas, barco etc.) para que estudantes que moram distante da escola possam chegar até a instituição de ensino.

Ademais, merecem destaque as políticas intersetoriais que, junto com outras ações, buscam um melhor desenvolvimento do indivíduo e a garantia da dignidade da pessoa humana. O Auxílio Brasil (antigo Bolsa-Família) é um importante exemplo, pois engloba políticas de assistência social, educação e saúde num propósito comum: o bem coletivo e o desenvolvimento social.

Isso posto, considera-se o direito à educação como um importante instrumento de mitigação das desigualdades sociais, que ainda são muito presentes em nossa sociedade. As condições pessoais influenciam muito no acesso, aprendizagem, desempenho e permanência na rede de ensino de qualidade. Nesse sentido, além do necessário investimento no setor educacional, também é imprescindível o empenho na garantia das políticas educacionais, que são um bom caminho para a efetiva garantia da universalização do direito social à educação e da educação de qualidade.

Referências

- ALFERES, Márcia Aparecida (org.). **Qualidade e políticas públicas na educação**. 3. ed. Ponta Grossa: Atena editora, 2018. v. 3. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/catalogo/download-post/4180>. Acesso em: ago. 2022.
- ARNESEN, Saddi Erik. **Educação e cidadania na Constituição Federal de 1988**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- BOTO, Carlota. A educação escolar como direito humano de três gerações: identidade e universalismos. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 26, n. 92, p. 777-798, out. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/MMTMmp6w8n6yBWvrkbVCJtc/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 24 jun. 2021.
- BRASIL. Ministério da Cidadania. **Auxílio Brasil**. Brasília: Ministério da Cidadania, [2022]. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/auxilio-brasil>. Acesso em: 30 jan. 2022.
- BRASIL. Ministério da Educação. **Educação integral**. Brasília: MEC, 2009. (Série Mais Educação). Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/cadfinal_educ_integral.pdf. Acesso em: ago. 2022.
- BROOKE, Nigel; SOARES, José Francisco. **Pesquisa em eficácia escolar: origem e trajetórias**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.
- CATÃO, Ana Lúcia. **Sujeitos de direito: educação em direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog, 2020.
- CENPEC – CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS EM EDUCAÇÃO, CULTURA E AÇÃO COMUNITÁRIA. Painel das Desigualdades Sociais no BRASIL. Painel de desigualdades educacionais no Brasil. **Cenpec**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://desigualdadeseducacionais.cenpec.org.br/>. Acesso em: 5 jan. 2022.
- CURY, C. R. J. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de Pesquisa**, Belo Horizonte, n. 116, p. 245-262, jul. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/x6g8nsWJ4MSk6K58885J3jd/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 jan. 2022.
- DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, n. 18, p. 113-118, 2004.

Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/RNxzrfZJ5H5HTnBVJFNH3vx/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: ago. 2022.

DUBET, François. A escola e a exclusão. **Cadernos de Pesquisa**, Belo Horizonte, n. 119, p. 29-45, jul. 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/JBTWwBmFCfZBxm9QKbxSN9C/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 2 jul. 2021.

EYNG, Ana Maria; PACIEVITCH, Thais. Do direito de acesso e permanência na escola ao direito à educação de qualidade social. **XII EDUCERE – CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO**. Paraná, out. 2015. Disponível em: <https://silo.tips/download/do-direito-de-acesso-e-permanencia-na-escola-ao-direito-a-educacao-de-qualidade-s>. Acesso em: 30 jun. 2021.

FURTADO, Érica Luiza Matos. **Políticas educacionais e gestão democrática na escola**. Orientadora: Neusa Maria Dal Ri. 2005. 119 f. v. 1. Dissertação (Mestrado) – Curso de Filosofia e Ciências, Educação, UNESP, Marília, São Paulo, 2005.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2020**. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em: ago. 2022.

INEP – INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. **Censo da educação básica 2020: resumo técnico** [recurso eletrônico]. Brasília: Inep, 2021. Disponível em: https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas_e_indicadores/resumo_tecnico_censo_escolar_2020.pdf. Acesso em: ago. 2022.

INEP – INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. **Sinopse estatística da educação básica 2019**. Brasília: Inep, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos/sinopses-estatisticas/educacao-basica>. Acesso em: 28 dez. 2021.

INEP – INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. **Sinopse estatística da educação básica 2020**. Brasília: Inep, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos/sinopses-estatisticas/educacao-basica>. Acesso em: 28 dez. 2021.

LIBÂNEO, José Carlos. Políticas educacionais no Brasil: desfiguramento da escola e do conhecimento escolar. **Cadernos de Pesquisa**, Goiânia,

v. 46, n. 159, p. 38-62, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/198053143572>. Acesso em: 29 jan. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 136-189. (Série IDP).

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Celinha. **Democracia na escola: educação em direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog, 2020.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **General Comment 13: The Right Education**, 1999. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/resources/educators/human-rights-education-training/d-general-comment-no-13-right-education-article-13-1999>. Acesso em: ago. 2022.

SANTOS, Êmina. A educação como direito social e a escola como espaço protetivo de direitos: uma análise à luz da legislação educacional brasileira. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 45, 2019.

UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Global Monitoring Report on Education for All**. Paris: UNESCO, 2008.

UNICEF – FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Cenário da exclusão escolar no Brasil: um alerta sobre os impactos da pandemia da COVID-19 na Educação**. Brasília: CENPEC, 2021.

Notas

- [1] Há uma discussão doutrinária acerca da correta nomenclatura a ser adotada para a evolução histórica dos direitos fundamentais. Neste artigo, como não focamos diretamente esta temática, utilizaremos dimensões e gerações como sinônimos.

Lei, direito e justiça: definições a partir de Santo Tomás de Aquino e de comentadores da tradição clássica de direito natural

Julian Ritzel Farret

Analista do Ministério Público da União – 3º Ofício da Procuradoria da República no Município de Santa Maria-RS. Doutorando em Ciência Jurídicas Pela Universidad Católica Argentina (UCA) e em Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhuera (Uniderp). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

Thales Corrêa Braga Lobo

Técnico do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

Bruno Venturini Benedetti

Inspetor de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

Resumo: O presente artigo consiste em uma aproximação aos elementos primeiros da Filosofia do Direito – as noções de justiça, de direito e de lei. Do ponto de vista metodológico, fez-se um recorte doutrinário a fim de procurar a definição de cada um desses elementos à luz da

tradição clássica de direito natural. Entre todos os textos e autores que bem representariam essa linhagem, escolheu-se Santo Tomás de Aquino, e os autores dedicados a comentar o seu trabalho, para apresentar um esforço de síntese de todo o pensamento que o antecedeu e, assim, condensar de forma decantada as definições mais tradicionais da escola. A partir desse recorte, buscou-se no texto da *Suma Teológica* e de comentários específicos as definições de lei, de direito e de justiça, assim como a sua articulação lógica.

Palavras-chave: lei; direito; justiça; direito natural; filosofia clássica; Santo Tomás de Aquino.

Sumário: 1 Introdução. 2 Definição de lei. 3 Definição de direito e de justiça. 4 Conclusões.

1 Introdução

Um estudo do direito natural clássico demanda a compreensão prévia de seus principais elementos: a lei, o direito e a justiça. A tradição filosófico-jurídica que nos lega essa ciência remonta a Platão e a Aristóteles, passa pelos jurisconsultos romanos, pelos Glosadores do *ius commune* (Escola de Bolonha), condensa-se em Santo Tomás de Aquino e desenvolve-se posteriormente na *Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes*. Entre os sucessores contemporâneos dessa escola, destacam-se autores como Donoso Cortés, Francisco Elias de Tejada, Juan Vallet de Goytisolo, Rafael Gamba, Miguel Ayuso, Estanislao Cantero Núñez, Juan Antonio Widow, Félix Adolfo Lamas, os brasileiros José Pedro Galvão de Souza e Ricardo Dip e os italianos Danilo Castellano, Francesco Gentile e Pietro Giuseppe Grasso.

Considerada, no entanto, a envergadura da obra de investigação dessa tradição jurídica, parece possível, a modo de método, procurar definições dessas noções na obra de Santo Tomás. E isso porque ele se dedica a sintetizar os autores que o antecederam, condensando em seus textos toda a tradição clássica anterior – incluindo Platão, Aristóteles, Cícero, Sêneca, os juristas romanos clássicos, o *Corpus iustiniano* em seu conjunto (*Institutas*, *Digesto*, *Codex Iustinianus*, *Novellae constitutiones*). Seu trabalho, no entanto, não é o de mera catalogação histórica. Antes, o oposto: trata-se de verdadeira organização do conhecimento tradicional. Santo Tomás toma a cada um dos

que o antecederam, apresenta seu pensamento sobre o ponto considerado, indica as objeções às suas sentenças e as responde à luz da ciência. Parece-nos assim justo que, ao procurar compreender a tradição clássica de direito natural, se retorne a Santo Tomás de Aquino sem que isso represente nenhum recorte científico.

Além disso, uma consulta aos índices dos principais manuais jurídicos ou aos currículos dos cursos de Direito nos revela que parece existir uma certa pressa de nossos contemporâneos em desembaraçar-se das definições que fundamentam o estudo do Direito. A surpresa com esse aparente desinteresse pode ser ainda maior caso se considere o quanto a vida humana em sociedade é uma das questões mais imediatamente abordadas desde a fundação mesma da tradição filosófica clássica. Esse fato nos conduz ao desenvolvimento antes de uma tecnologia jurídica – ou seja, de sua técnica, dos melhores e mais eficientes meios de se alcançar este ou aquele fim – do que de uma verdadeira ciência, em que haja verdadeiro esforço de *conhecimento* do direito.

Um retorno à escola clássica de direito natural é um pequeno esforço de compreensão da ciência jurídica. E como todo esforço de ciência, devemos começar por compreender os primeiros elementos que se apresentam à inteligência do que se aproxima: a justiça, o direito e a lei.

2 Definição de lei

Para a escola do direito natural clássico,^[1] o significado de “lei” é diferente de sua acepção moderna. Assim, primeiro será necessário definir o conceito de lei em Santo Tomás de Aquino, atentando-se para suas causas e suas espécies, para posteriormente compreender os conceitos de “direito” e “justiça”.

O Doutor Comum afirma que lei é “ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade”^[2] (SUMA TEOLÓGICA – ST, III, q. 90, a. 4).

É possível reconhecer nesses elementos suas causas. A primeira é a causa formal: “ordenação da razão” (ST, III, q. 90, a. 1). A segunda é a causa final: “para o bem comum” (ST, III, q. 90, a. 2). A terceira é a causa eficiente da lei: “aquele que tem o cuidado da comunidade”, ou seja, o

legislador (ST, III, q. 90, a. 3), bem como uma circunstância indispensável de sua eficácia, a promulgação (ST, III, q. 90, a. 4). A causa material não é mencionada na definição, porém ao longo do Tratado da Lei depreende-se que corresponde aos atos humanos regulados pela lei, que recebem a forma ordenadora da razão, em direção à causa formal, que é o bem comum da sociedade.

Em princípio, parece que nessa definição de lei Santo Tomás se refere apenas à lei humana e jurídica, porém, na verdade, é uma definição essencial da norma moral entendida de maneira genérica, dentro da qual está incluída, como espécie, a norma jurídica. Além disso, a noção de "bem comum" não especifica o fim como jurídico, porque além do bem comum do Direito e do Estado, que, *grosso modo*, a tradição escolástica denomina "bem comum temporal", existem outros bens comuns, alguns mais altos, como o Bem e a Verdade absolutos, que se constituem bens comuns para toda vontade e inteligência.

Essa definição tomista de lei mostra um conceito com possíveis distinções. De fato, o *Aquinate* faz a distinção de três classes de leis: a lei humana positiva, cujo autor é o legislador da comunidade política temporal, ou seja, a lei fixada pelos homens; a lei natural, promulgada pela própria razão humana, explícita e evidente, e princípio de validade intrínseca da lei positiva; a lei eterna, que ordena toda a criação em direção a seus fins, é a razão divina que governa o universo, já que todos os seres criados possuem impulsos e regras de movimento, que são leis, entretanto, gerais e constantes. De acordo com sua espécie, os seres vivos se distinguem pela sua própria natureza, pela sua essência, enquanto princípio de operação, por outro lado, o homem, como ser racional, participa dessa ordenação, porém, justamente por sua natureza racional, sua inteligência e liberdade podem dirigir-se a si mesmo, dando origem a uma ordem ética e jurídica.

Nesse sentido, ao dirigir-se a si mesmo, a lei não é um ato de vontade desconexo da razão, mas um comando sem paixão, não é somente a vontade do Estado, mas sim um comando absolutamente racional, uma liberdade que deve ser exercida juntamente com o livre arbítrio e a prudência. Sob esse aspecto, a lei não pode ser um comando arbitrário, mas deve estar ligada à racionalidade humana, correspondendo às exigências do bem comum para atingir a finalidade natural da comunidade política.

Portanto, a lei decorre da razão a serviço da justiça, é uma ordem da razão (*rationis ordinatio*) para o bem comum, não sendo simplesmente um produto da vontade, tendo a lei como pressuposto necessário, da parte do legislador, o conhecimento da realidade social, da natureza humana e de seus fins, possuindo sua fonte na verdade, expressa no brocardo latino: "*veritas, non potestas, facit legem*" ("a verdade, não o poder, faz a lei").

Um ato será livre quanto mais conforme a reta razão, não podendo ser lei um comando contrário à própria razão. Logo, a adequação da inteligência à realidade, no âmbito intelectual, e o governo dos atos pela reta razão, no âmbito prático, são a medida para a aplicação da vontade a dar a cada qual o que lhe é devido. Ou seja, a prudência e a justiça nas potências superiores do homem, por um lado, e o ato voluntário humano, por outro, devem estar em conformidade. Para Santo Tomás, o ato imprudente, injusto ou falso é óbice tanto ao ato livre quanto ao ato legal.

Assim, a lei humana positiva (estudada na ST, III, q. 91, a. 3, e q. 9597) é participação da lei natural, assim como a lei natural é participação, para o ser racional, da lei divina. Destaca-se que o entendimento de "lei positiva" não deve ser restritivo, no sentido moderno de "lei escrita", conforme as diferenças entre os sistemas de *civil* e *common law*, pois os costumes também fazem parte da lei positiva (ST, III, q. 97, a. 3).

Há uma relação de dependência formal entre essas espécies de lei, o que faz com que a lei positiva seja uma aplicação da lei natural. Assim, a lei positiva humana é condicionada formalmente à lei natural. Ou seja, o critério de "legalidade" daquela depende de sua conformidade com essa, não como no sistema jurídico moderno, no qual a legalidade é regrada pelo tipo da matéria disposta, pelo processo legislativo adotado, ou, ainda, pela própria coerência interna na hierarquização do ordenamento jurídico.

A lei natural, por sua vez, é o princípio primeiro da reta razão, e a reta razão fornece a medida daquilo que é devido (*ius suum*) a cada qual, de acordo com a definição do Aquinate (ST, III, q. 58, a. 1). A conformidade entre a lei natural e a lei humana positiva pode ocorrer de duas maneiras (ST, III, q. 95, a. 2): por meio de conclusão (como as conclusões demonstrativas, que são extraídas dos princípios do intelecto

especulativo) ou por derivação (semelhante às artes, em que uma obra específica demonstra uma ideia universal). Dessa forma, a indagação sobre a “lei injusta” não se coloca diante da lei positiva, pois a conformidade com a lei natural é *conditio* necessária a fim de que a lei humana positiva seja de fato “lei” em Santo Tomás de Aquino.

Importante destacar, ainda, que a participação do homem na sociedade, com sua razão prática ou operativa, requer não somente um conhecimento das coisas em seu aspecto ontológico, mas, ainda mais, um conhecimento sob o prisma criteriológico, ético, do que é bom ou mau, conhecimento esse obtido através da lei natural.

O Doutor Comum distingue, concomitantemente à diferenciação entre lei natural e lei humana positiva, o direito natural do direito positivo (ST, III, q. 57, a. 2), bem como a importante distinção entre “lei” e “direito” (ST, III, q. 57, a. 1, ad 2), afirmando que “a lei não é propriamente o direito, mas a regra do direito”.^[3] Em outras palavras, a lei é causa formal do direito, enquanto considerado de forma abstrata, e causa eficiente moral do agir humano de acordo com o direito. Há, portanto, uma dupla causalidade: a primeira em relação à prudência no intelecto prático e a segunda quanto à justiça no apetite intelectual, que convergem no ato propriamente humano. Já o direito, por outro lado, é uma relação objetiva que tem sua medida na *res iusta*, acima de qualquer subjetividade ou contingência por parte de quem realiza o ato justo (ST, III, q. 57, a. 1, ad 1). Consequentemente, não é correto integrar os conceitos de lei e direito em Santo Tomás de Aquino, pois “lei” é ação do intelecto prático, enquanto “direito” é o objeto de uma relação de equidade com outro.

Assim, a lei é, em sentido geral, *ordinatio rationis ad bonum commune* (ordenação da razão em ordem ao bem comum), e a lei natural, *participatio legis aeternae in rationali creatura* (participação da lei eterna na criatura racional). Dessa forma, as leis humanas ou positivas são indispensáveis ao ordenamento e se subordinam à lei natural, e a sociedade política tem como finalidade o bem comum, pois o fim da conduta humana para a lei é o bem da comunidade política.

Pode-se dizer, concisamente, que a lei é um modelo do que o direito deve ser, ela determina o direito, e o cumprimento do direito constitui a justiça.

3 Definição de direito e de justiça

Ao se aproximar das noções de direito e justiça, uma questão metodológica se impõe: existe verdadeira relação de ordem entre essas noções. O direito, como se verá, se apresenta à inteligência de maneira mais concreta; a justiça, de maneira mais abstrata e genérica. Por esse motivo, aliás, a Suma teologicamente passa da justiça ao direito. Nessa pequena aproximação do tema, no entanto, seguindo Aristóteles, faremos o raciocínio oposto: partindo do concreto para o abstrato, procuramos definir o conceito de direito para posteriormente compreendê-lo à luz do conceito de justiça.

Nesse sentido, é preciso relembrar que, no mundo ocidental do século XIII, especialmente com Santo Tomás de Aquino, o conceito de Direito se desenvolve de forma bastante elaborada, mais preciso que a definição dos gregos e romanos. O Direito, nesse sentido clássico, não é apenas um conjunto de normas, diferenciando-se, portanto, da perspectiva contemplada na maioria das definições modernas.

Santo Tomás de Aquino define direito na segunda parte da Suma Teológica, no Tratado da Justiça (ST, II-II, q. 57-122), afirmando que *"iustitia est habitus secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit"* (ST, II-II, q. 58, a. 1, r.), quer dizer, justiça é o hábito, pelo qual, com vontade constante e perpétua, se dá a cada um o seu direito. Portanto, a justiça ordena a relação do homem com o outro, dando a cada um o que lhe é devido.

Assim, o primeiro sentido dado pelo Doutor Comum ao Direito é ser objeto próprio da virtude da justiça (ST, II-II, q. 57, a. 1, r.), identificando-se com a *ipsa res iusta* (a própria coisa justa), pois é a própria *res* especificada que restabelece a relação de igualdade entre as partes (ST, I-II, q. 57, ad 1), sendo o Direito apenas adicionalmente "a decisão por aquele que exerce a justiça", ou a "aplicação da prudência para discernir aquilo que é justo". Nesse sentido, Santo Tomás de Aquino afirma que (ST, I-II, q. 57, ad 2): *"operis iusti quod ratio determinat quaedam ratio praeexistit in mente, quasi quaedam prudentiae regula"*, ou seja, preexiste na mente a razão, ideia, da obra justa que a própria razão determina, sendo assim certa regra de prudência, por isso não se pode afirmar o direito como sinônimo de lei; entretanto, o direito tem na lei a sua regra.

Logo, o direito é a determinação daquilo que é justo, e a virtude que ordena o homem diretamente para o bem comum é a justiça. Recorrendo a um dos representantes brasileiros da escola do direito natural clássico, em relação ao que é a justiça, a *res iusta* e o direito, Ricardo Dip (2001 p. 225) explica com erudição:

Aforismos e lições, já firmados desde a sabedoria prática da antiga Roma, chegaram sólidos a nossos tempos, referindo-se à realidade e ao conceito de *iustum*, *ius*, *res iusta*, *suum*, como objeto da virtude da justiça: tomemos exemplo com a sentença de Ulpiano – *iustitia est constans et perpetua voluntas ius summ cuique tribuendi* (= a justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu) –, com as de Cícero – *iustitia suum cuique distribuit* (= a justiça distribui a cada um o que é seu) – e de Santo Isidoro de Sevilha – *ius dictum est, quia iustum est* (= diz-se direito, porque é justo); *iustus dicitur quia ius custodit* (= diz-se justo porque guarda o direito) –, com o reconhecido momento de culminância do pensamento humano com S. Tomás de Aquino: p.ex., *ius est obiectum iustitiae* (= o direito é objeto da justiça); *ad iustitiam pertinet reddere ius suum unicuique* (= à justiça corresponde dar a um o seu direito); *iudex reddit quod suum est* (= o juiz dá a cada um o que é seu); e, quase repetindo Aristóteles, *iustitia est habitus secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate ius summ unicuique tribuit* (= a justiça é o hábito segundo o qual alguém, com vontade constante e perpétua, dá a cada um o seu direito).

O justo meio costuma ser a medida da reta razão nas demais virtudes; porém, na situação da justiça, o direito deve perfazer não somente a medida da reta razão, mas também o objeto ou ação real: “[o]corre que, algumas vezes, o meio termo de razão também é real, sendo aí preciso que o meio termo da virtude moral seja um meio real, da mesma forma no caso da justiça” (ST, II-II, q. 64, a. 2), justamente porque está no outro o termo final da relação que reside na *res iusta* (ST, II-II, q. 57, a. 1, e q. 58, a. 3, ad 3), decorrendo dessa relação a proporção de igualdade (ST, II-II, q. 57, a. 2).

Nesse campo da determinação da justiça, Estanislao Cantero (2011, p. 119-120) – com tradução nossa – traz importante distinção entre justiça como virtude moral geral e justiça jurídica, que se divide em justiça geral ou legal e justiça particular, que se divide novamente em justiça distributiva e justiça comutativa:

É necessário recorrer à distinção feita por Aristóteles e especificada por São Tomás de Aquino, distinguindo a justiça como virtude moral geral, que ordena as virtudes particulares – fortaleza, temperança, justiça e prudência –, e a justiça jurídica, em cujo âmbito se distinguem várias espécies entre justiça geral ou legal (corresponde à justiça social da linguagem moderna) e justiça particular, com seus tipos de justiça distributiva e justiça comutativa.

Essa distinção é essencial porque o objeto de cada uma é diferente, bem como as regras para obtê-las. À justiça geral, dirigida ao bem comum, compete ordenar o bem particular para o bem comum; à justiça particular distributiva compete ordenar o bem comum entre os particulares, distribuir honras, benefícios e encargos entre eles; a justiça particular comutativa é responsável por ordenar o bem particular entre particulares, corrigindo o equilíbrio quebrado no comércio e na relação entre as pessoas. As regras para a sua determinação são a igualdade aritmética na justiça comutativa, a igualdade geométrica ou a proporcionalidade na justiça distributiva. Na justiça geral, no entanto, não há nenhum tipo de igualdade, nem mesmo um critério quantitativo, mas qualificativo: o bem comum.

Destarte, a forma imanente do Direito é uma certa ordem, uma igualdade, cujos termos são os títulos, faculdades, obrigações e condutas de cada um dos sujeitos da relação jurídica, e, conforme seja essa igualdade, proporcional ou aritmética, será a espécie de Direito: distributivo ou comutativo, respectivamente. Porém, na justiça geral, não há uma igualdade, já que o critério é qualitativo, não quantitativo, ou seja, a justiça geral visa o bem comum da comunidade política.

Portanto, a justiça é a virtude que ordena o homem para o bem do qual participa em direção ao bem comum (WIDOW, 2002, p. 72). Santo Tomás leciona que a justiça é um hábito pelo qual, com vontade constante e perpétua, atribuímos a cada um o que lhe pertence: "*iustitia est habitus secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit*" (ST, II-II, q. 58, a. 1). Dessa forma, o homem justo é o homem bem-disposto a dar ao outro o que lhe pertence, sendo assim possível reconhecer, na própria conduta do agente, que o bem que possui ou de que participa se deve, ao final, ao outro.

De acordo com Santo Tomás, a justiça não é uma virtude que radica propriamente nas potências especulativas, mas diretamente no

apetite intelectual, isto é, na potência volitiva. É precisamente a vontade que, tendo adquirido o hábito constante de querer dar a cada qual aquilo que lhe cabe, atinge mais perfeitamente o seu objeto próprio, ou seja, o bem. Pelo conhecimento intelectual, a potência intelectual especulativa conhece o ser e apresenta à vontade o bem que esse ser manifesta. Nesse ponto reside a relação entre a reta razão e a justiça como hábito que aperfeiçoa a vontade para que atinja o fim que lhe é próprio por causa da natureza racional do homem.

Para o Doutor Comum, a justiça ordena o homem nas suas relações com o outro: "*iustitia ordinat hominem in comparatione ad alium*" (ST, II-II, q. 58, a. 5). Ordena tanto no sentido da vontade do homem em relação ao indivíduo em particular, sendo denominada justiça particular, como em relação à comunidade, denominando-se justiça legal ou geral, pois visa dar o que é devido ao bem comum da comunidade política (WIDOW, 2002, p. 72).

Em outro lugar (FARRET, 2022), resumiu-se nestes termos o principal aspecto da parte da virtude da justiça denominada "justiça geral":

A justiça geral se denomina também justiça legal, porque lhe convém dirigir os atos humanos para o bem de todos. Aliás, a expressão justiça legal, muitas vezes, é causa de ambiguidades, pois sugere uma certa virtude do bom legislador, colocando-a na esfera do saber legislativo, e não no movimento da vontade. A justiça legal reside fundamentalmente na virtude da obediência do cidadão com respeito às leis positivas e naturais. E essa justiça está destinada ao bem comum. É uma virtude da vontade, por isso é justiça, mas ordenada ao direito do todo social sobre as suas partes constituintes. Ordena diretamente a vontade para o bem comum, indiretamente para o bem das pessoas.

O Aquinate faz nova distinção quanto à justiça particular, que é aquela que dispõe o indivíduo a dar o que é devido a cada parte: a justiça particular comutativa, que trata das relações entre os indivíduos, e a justiça particular distributiva, que trata da relação entre o bem que convém a cada indivíduo e o Estado (CALDERÓN BOUCHET, 1976, p. 110-113). É através da justiça distributiva que é dado às partes o bem que lhes corresponde conforme sua contribuição para o bem comum, cabendo à justiça particular comutativa regular a troca entre as partes, conforme a correlação devida.

A justiça está rigorosamente atrelada ao direito, e, ao romper-se tal vínculo, tanto a justiça quanto o direito restam prejudicados. Nesse sentido, Alberto Caturelli (2000, p. 240) destaca que:

É inconcebível a justiça sem o direito, ainda que pudesse existir um direito não respeitado, isto é, sem justiça. Faz-se mister não esquecer que os preceitos primários do direito são o objeto (inicial e perpétuo) do primeiro princípio da ordem moral (sinderésis): “há que se fazer o bem”. Essa ordem moral (ordem da liberdade) espontaneamente conhecida, funda-se na ordem real-natural e esta, por sua vez, no ato do ser participado. Poderíamos seguir o caminho inverso e assim se fecha uma espécie de círculo. Tirados deste fundamento, direitos e deveres se tornam arbitrários: uma sofística que se limita a enumerar os direitos e rechaça o fundamento, esvazia e de fato nega todo direito do homem.

Compreende-se, então, que para Santo Tomás o direito natural não está constituído pela lei natural, mas sim pelo que é justo em concreto, conforme a natureza da coisa. Nesse sentido, direito como justo concreto e direito natural como justo natural coincidem com Aristóteles e também com os juristas romanos. Essa visão de direito como “arte do justo” conflui para seu objetivo, que é a realização da justiça, estando tais definições profundamente inter-relacionadas.

A definição de direito, portanto, aparece na experiência e na tradição jurídica como intrinsecamente vinculada ao bem, ou valor, da justiça. A justiça, por sua vez, implica uma relação constitutiva com o bem comum temporal, que, para a escola de direito natural clássico, é o aperfeiçoamento da vida humana em sociedade.

4 Conclusão

É importante resgatar o ponto de vista de autores pré-modernos como meio de analisar criticamente a filosofia jurídica moderna, desde um ponto de vista exterior ao próprio sistema moderno, além de permitir uma melhor compreensão histórica e revitalização atual sob a perspectiva da escola do direito natural clássico. Com isso se reafirma a relação entre os três conceitos e a preocupação que Santo Tomás tem em definir todos os elementos do raciocínio a partir de seus elementos de experiência real.

Note-se que a definição tomista de direito recorre ao vínculo que a tradição jurídica reconhece haver entre Direito e justiça. Essa tradição remonta aos gregos e romanos, mas, na verdade, continua até nossos dias e está impregnada na consciência social das pessoas. Trata-se de convicção universal, expressada semanticamente quando, por exemplo, chamamos tribunais de justiça os órgãos jurisdicionais em que se aplica a lei e se declara o direito. De fato, essa identificação semântica universal expressa uma realidade essencial dos fenômenos jurídicos, cujas raízes estão na própria natureza do homem e de sua vida, seja em seus aspectos morais, sociais ou políticos.

O direito natural, nesse sentido, deve positivizar-se e tornar-se vigente na concreção da vida jurídica. Essa positivação se dá pelos meios históricos tradicionais e, também, com novos, a causar novos problemas. É por isso que desse antigo tesouro que é a tradição clássica sempre se pode retirar novidades e novas respostas. Naturalmente, não um novo Direito Natural, mas novas abordagens dialéticas de uma questão que, no fundo, é perene.

Referências

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução italiana por Renato Laurenti. 10. ed. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli, 2009.

AYUSO, Miguel. **Depois do Leviatã?** Sobre o Estado e seu destino. Lisboa: Hugin, 1999.

AYUSO, Miguel (coord.). **Estado, ley y conciencia**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

AYUSO, Miguel. **¿Ocaso o eclipse del Estado?** Las transformaciones del derecho público em la era de la globalización. Madrid: Marcial Pons, 2005.

CALDERÓN, Álvaro. **Umbral de la filosofía**: cuatro introducciones tomistas. Moreno: Edición del Autor, 2011.

CALDERÓN BOUCHET, Rubén. **La ciudad griega**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

CALDERÓN BOUCHET, Rubén. **Sobre las causas del orden político**. Buenos Aires: Nuevo Orden, 1976.

CANTERO, Estanislao. **Il realismo giuridico di J. Bms.** Vallet de Goytisoló. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

CASTELLANO, Danilo (coord.). **Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico.** Pádua: CEDAM, 2002.

CASTELLANO, Danilo. **Costituzione e costituzionalismo.** Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

CASTELLANO, Danilo. Derecho constitucional y derecho natural clásico. Una problematización de la experiencia político-jurídica contemporánea. **Revista Verbo**, Madrid, n. 425-426, p. 573-580, 2004.

CASTELLANO, Danilo. **Quale diritto?** Su fonti, forme, fondamento dela giuridicità. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

CASTELLANO, Danilo. **Razionalismo e diritti umani:** dell'antifilosofia politico-giuridica della "modernità". Turim: G. Giapichelli, 2003.

CATURELLI, Alberto. Los derechos del hombre y el futuro de la humanidad. **Revista Verbo**, Madrid, n. 383-384, p. 237-253, 2000.

DIP, Ricardo (org.). **Tradição, revolução e pós-modernidade.** Campinas: Millennium, 2001.

FARRET, Julian Ritzel. **Primeiros elementos para uma introdução à filosofia do direito:** três abordagens acerca do bem comum. São Paulo: Dialética, 2022.

GENTILE, Francesco. **Filosofia del diritto.** Pádua: CEDAM, 2006.

LAMAS, Félix Adolfo. **Dialéctica y concreción del derecho.** Buenos Aires: Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", 2021.

LAMAS, Félix Adolfo. **El hombre y su conducta.** Buenos Aires: Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", 2013.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia:** antiguidade e idade média. 10. ed. São Paulo: Paulus, 2007.

TOMÁS DE AQUINO. **Suma teológica.** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

TOMÁS DE AQUINO. **Suma teológica.** 4. ed. Niterói: Permanência, 2016.

VERNAUX, R. **Filosofia do homem.** São Paulo: Duas Cidades, 1969.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WIDOW, Juan Antonio. **El hombre, animal político**. Buenos Aires: Nueva Hispanidad, 2002.

WIDOW, Juan Antonio. **La libertad y sus servidumbres**. Santiago de Chile: RIL editores, 2014.

Notas

- [1] Relevante é esta definição: “A questão do direito natural é uma das mais debatidas, pois a expressão ‘direito natural’ é ambígua: de uma parte pode indicar que o direito não é senão determinação da justiça (direito natural ‘clássico’), de outra parte pode indicar uma pretensão típica do racionalismo (direito natural ‘moderno’) que representa a premissa do juspositivismo, porque, instituindo uma ligação estreita entre direito e poder (enquanto o primeiro depende do segundo), deve excluir necessariamente toda referência à justiça.” (CASTELLANO, 2002, p. 5) [tradução nossa]. *“Quella del diritto naturale è una delle questioni più dibattute, poichè l’espressione ‘diritto naturale’ è ambigua: Da una parte può indicare che il diritto altro non è che determinazione della giustizia (diritto naturale ‘classico’), dall’altra può indicare una pretesa típica del razionalismo (diritto naturale ‘moderno’) che rappresenta la premissa del giuspositivismo poichè, istituendo uno stretto legame fra diritto e potere (in quanto il primo dipende dal secondo), deve escludere necessariamente ogni riferimento alla giustizia”.*
- [2] *“Rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata.”*
- [3] *“Lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris.”*

A detração penal em processos distintos: uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sob uma perspectiva crítica da linguagem

Leandro Barbosa da Cunha

Advogado em Brasília-DF. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Ceub). Pós-Graduando em Ciências Criminais pelo Centro Universitário União das Américas (UniAmérica), em Tribunal do Júri e Execução Criminal pela Faculdade Legale (Faleg), e em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

Yuri Coelho Dias

Advogado em Brasília-DF e Professor de Direito Penal na Universidade do Distrito Federal (UDF). Mestre em Direito Penal Pelo Instituto Brasiliense de Direito Público de Brasília (IDP). Pós-graduado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal (FESMPDFT). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Ceub).

Resumo: O presente artigo parte de uma perspectiva crítica da linguagem e propõe a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que concerne ao fenômeno da detração penal em processos criminais distintos. Mais especificamente, examina-se o requisito da absolvição ou extinção da punibilidade no âmbito do processo que resultou na cautelar, que é exigido pela Corte Superior para que seja concedido o benefício. Por intermédio da pesquisa bibliográfica e partindo de um ponto de vista linguístico do Direito, que considera o ordenamento jurídico como um complexo de relações linguísticas cujos sentidos variam em função do contexto, será possível perquirir, através do interdiscurso, as intenções latentes por trás da jurisprudência do STJ, além de permitir a feitura de uma crítica ao entendimento vigente, proporcionando caminhos para superá-lo com base na interpretação mais benéfica ao réu.

Palavras-chave: detração penal; linguagem; Superior Tribunal de Justiça.

Sumário: 1 Introdução. 2 Os aspectos legais da detração penal e os requisitos jurisprudenciais da incidência do instituto diante de múltiplos processos. 3 O ordenamento jurídico e sua natureza essencialmente linguística. 4 A detração penal e a Corte Superior: das intenções latentes da jurisprudência do STJ em face da realidade carcerária brasileira. 5 Conclusão.

1 Introdução

A detração penal, figura advinda da reforma de 1984 do Código Penal, que possui previsão expressa em seu art. 42, é um instituto que permite descontar, da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação cautelares que o sentenciado cumpriu antes de vir a ser condenado. A razão de ser da norma jurídica está no fato de que o período da segregação provisória anterior à sentença penal será considerado como de pena ou de medida de segurança efetivamente cumpridas, permitindo um abatimento.

No mesmo sentido, a regra do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal afirma que o juiz de conhecimento deverá considerar a detração para fins de fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Por sua vez, a norma do art. 111 da Lei de Execução Penal afirma que a fixação do regime de cumprimento de pena, quando houver mais de uma condenação, em processos distintos ou não, também levará em conta a detração. Com esteio nos referidos dispositivos, a jurisprudência vem se consolidando no sentido de que o período em que o réu permaneceu preso cautelarmente poderá ser utilizado para fins de progressão de regime.

Contudo, surgiu a necessidade de a jurisprudência enfrentar uma situação específica: a do sujeito que sofreu a medida cautelar em processo distinto daquele pelo qual cumpre a pena. Em tal quadro, duas são hipóteses possíveis: aquela na qual a cautelar foi anterior ao crime que deu ensejo ao início do cumprimento definitivo da pena, e outra em que o indivíduo foi segregado provisoriamente após ter praticado o delito cujo processo transitou em julgado. No primeiro caso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que não é possível conceder o benefício da detração por força do princípio da vedação da conta corrente.

Noutro giro, na segunda hipótese, embora a jurisprudência reconheça a possibilidade de detração quando a cautelar é posterior ao primeiro crime, o Superior Tribunal de Justiça vem elencando um requisito a mais: que o processo da cautelar resulte em absolvição, em redução da pena ou extinção da punibilidade. Do contrário, seria inviável o abatimento. O presente artigo propõe uma análise crítica a respeito deste último requisito, haja vista que nem a doutrina nem as decisões do STJ explicam o motivo da referida exigência, a qual também não consta sequer da redação do art. 111 da Lei n. 7.210/1984.

Por intermédio da pesquisa bibliográfica e partindo de uma análise crítica da linguagem, pretende-se examinar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema da detração penal em processos distintos, com base em marcos teóricos que considerem a grande importância dos contextos social e político para a definição dos significados dos institutos e das decisões que são tomadas no meio jurídico, de modo a transcender o sentido dogmático.

Assim, com amparo numa crítica realista do sistema penal brasileiro, pretende-se analisar a exigência do Superior Tribunal de Justiça no que concerne à necessidade de absolvição em sede do processo no qual se originou a cautelar para que se possa realizar a detração penal em processos distintos, de modo a averiguar os motivos latentes da não incidência da detração imediata. Em um primeiro momento, desvelar-se-á o instituto jurídico da detração, seguido da explicitação dos pressupostos teóricos acerca de uma perspectiva linguística do Direito. Concluir-se-á, após a análise da jurisprudência do STJ, que a detração imediata não é permitida em razão de uma raiz funcionalista-sistêmica que se olvida do princípio do *favor rei* e da interpretação mais benéfica ao réu em proveito do ilusório bom funcionamento das instituições do sistema penal.

2 Os aspectos legais da detração penal e os requisitos jurisprudenciais da incidência do instituto diante de múltiplos processos

O ser humano é uma espécie cuja sobrevivência ao longo dos milênios dependeu sobretudo da capacidade de constituir grupos e

formar sociedades. No entanto, apesar de necessário para o avanço da ciência e para a manutenção da cultura, o elemento social traz consigo também alguns inconvenientes, como os conflitos de interesses que ocorrem entre as pessoas e que, por vezes, ameaçam o bem-estar da coletividade. É principalmente do ordenamento jurídico a árdua tarefa de apaziguar essas tensões e garantir que o convívio seja, sempre que possível, pacífico.

A pena, por sua vez, constitui-se como um mecanismo de *ultima ratio* que visa a proteger os bens jurídicos de maior importância que foram eleitos pela sociedade quando todos os outros mecanismos mais amenos de intervenção falharem. Em razão de possuir as finalidades tanto de prevenir quanto de reprimir a ocorrência de novos crimes, a pena se submete a alguns tipos de limitações, entre as quais se inclui a impossibilidade de punir fato que não caracterize algum tipo de infração penal (FERRAJOLI, 2002, p. 75), bem como, por consequência lógica, a vedação de sancionar duas ou mais vezes um mesmo crime ou contravenção penal.

Trata-se da chamada proibição do *bis in idem*, que se baseia no impedimento do Poder Público em se valer do *ius puniendi* contra o cidadão lastreado em fatos e fundamentos que já foram, outrora, objeto de sanção penal pelo Estado (SABOYA, 2014, p. 155). Para além de ser um direito de índole constitucional, a ideia basilar do *ne bis in idem* é a noção de que, ao punir determinada pessoa, o Poder Público esgotaria o desvalor do crime perpetrado (ALBERO, 1995, p. 79), de modo a esvaziar também o próprio interesse estatal no assunto, haja vista que o mal eventualmente provocado já fora retribuído.

Há, subjacente ao *ne bis in idem*, o pressuposto de que deve existir entre o crime e a pena uma equivalência quase que matemática, de tal forma que a subtração aritmética entre o delito e a sanção resulte em zero (CARNELUTTI, 2015, p. 29-31). Do contrário, ou o *quantum* de punição ficaria aquém do esperado pela sociedade, ou seria excessivo e implicaria num suplício que vai de encontro à razoabilidade.

É sabido, entretanto, que nem sempre a segregação da liberdade do indivíduo dimana da própria pena privativa de liberdade, uma vez que podem ser aplicadas prisões cautelares – ou mesmo algum tipo de medida cautelar, como a monitoração eletrônica – que, embora não

sejam pena no sentido jurídico do termo, inexoravelmente, vão cercar o direito de ir e vir do réu.

Justamente para evitar que esses desequilíbrios possam vir a ocorrer no cenário concreto e ocasionar mais tempo no cárcere do que seria devido, o próprio Estado positivou o instituto da detração penal em favor tanto do réu quanto do sentenciado. Sob o ponto de vista jurídico, detração é uma operação matemática por intermédio da qual se computa, dentro do *quantum* da condenação definitiva, um determinado lapso de constrição que resultou de algum tipo de medida cautelar, prisão provisória ou semelhante (DOTTI, 2013, p. 104). Sem dúvidas, o instituto guarda forte conexão com o princípio do *ne bis in idem*.

Em termos legislativos, encontra-se previsão legal acerca da detração na regra do art. 42 do Código Penal, bem como na do art. 111 da Lei n. 7.210/1984. Por se tratar de benefício previsto em favor do réu, deve o operador do direito interpretar os referidos dispositivos de forma extensiva e ampliativa (ROIG, 2014, p. 71), favorecendo a irradiação de efeitos jurídicos em proveito do sentenciado.

Nesse sentido, embora nem o Código Penal nem a Lei de Execução Penal façam menção a outras formas de detração para além da prisão e das medidas de segurança, sabe-se que a própria jurisprudência, em nítida interpretação ampliativa, vem reconhecendo hipóteses de abatimento do *quantum* punitivo que não se encontram previstas expressamente pela lei. No caso da monitoração eletrônica e do recolhimento domiciliar noturno, medidas cautelares diversas da prisão, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que os aludidos meios de controle também implicam em restrição da liberdade, de forma que devem vir a ser contabilizados para fins de detração, conforme recente julgado proferido pela ministra Laurita Vaz no dia 14 de abril de 2021, relatora dos autos do HC n. 455.097/PR:

5. A medida diversa da prisão que impede o Acautelado de sair de casa após o anoitecer e em dias não úteis assemelha-se ao cumprimento de pena em regime prisional semiaberto. Se nesta última hipótese não se diverge que a restrição da liberdade decorre notadamente da circunstância de o Agente ser obrigado a recolher-se, igual premissa deve permitir a detração do tempo de aplicação daquela limitação cautelar. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra jurídica.

[...]

7. Conforme ponderou em seu voto-vogal o eminente Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, o réu submetido a recolhimento noturno domiciliar e dias não úteis – ainda que se encontre em situação mais confortável em relação àqueles a quem se impõe o retorno ao estabelecimento prisional –, “não é mais senhor da sua vontade”, por não dispor da mesma autodeterminação de uma pessoa integralmente livre. Assim, em razão da evidente restrição ao *status libertatis* nesses casos, deve haver a detração.

8. Conjuntura que impõe o reconhecimento de que as hipóteses do art. 42 do Código Penal não consubstanciam rol taxativo.

9. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça deliberou que a soma das horas de recolhimento domiciliar a que o Paciente foi submetido devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. Se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada. [...]. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). Habeas Corpus n. 455.097. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em 14.4.2021. Publ. **DJe** 7 jun. 2021).

Outro aspecto relevante da detração penal diz respeito ao modo como se deve operar o instituto diante da existência de dois ou mais processos. Sobre o tema, importante considerar o elemento temporal envolvido. Suponha-se a seguinte situação hipotética para fins de análise: o réu praticou um roubo e foi preso preventivamente. Posteriormente, obteve a liberdade e, já nas ruas, praticou outro crime, mas, desta vez, permaneceu em liberdade até a data da sentença, que transitou em julgado e deu ensejo ao início do cumprimento definitivo da pena em regime fechado, ao passo que o primeiro processo se encontrava em fase recursal.

Pelo entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, *in casu*, o aludido réu não faria jus ao benefício da detração penal. Note-se que a cautelar ocorreu antes do crime que acarretou o cumprimento definitivo da pena.

Se o Poder Judiciário permitisse o abatimento do *quantum* condenatório que derivou da sentença do segundo delito, seria como admitir uma espécie de “crédito” que o apenado teria, com base na constrição

que sofreu no passado, para diminuir as penas dos crimes futuros que viesse a praticar (PRADO, 2018, p. 551). Justamente para não estimular esse comportamento por parte dos réus, restou estabelecido que a detração, em tal hipótese, implicaria em desrespeito ao princípio da vedação da conta corrente.^[1] Entretanto, isso não significa que não seria possível fazer posteriormente a detração, pois bastaria que transitasse em julgado a sentença condenatória referente ao primeiro crime para que, com a unificação, fosse abatida a pena.

Convém, então, analisar a segunda hipótese possível: o réu praticou um roubo e, embora preso em flagrante, foi concedida a liberdade provisória. Em seguida, já nas ruas, praticou outro crime, mas, desta vez, veio a ser preso preventivamente, de modo que a constrição durou cerca de noventa dias, oportunidade na qual o acusado novamente retornou ao convívio social. No entanto, considere-se que o réu veio a ser absolvido do segundo delito, ao passo que o primeiro transitou em julgado e deu ensejo ao cumprimento definitivo no fechado.

Considerando que a constrição foi posterior ao cometimento do primeiro crime, tem-se entendido que, em tal circunstância, seria possível aplicar a detração penal em processo diverso daquele que resultou na cautelar, dado que não haveria vilipêndio à vedação da conta corrente. Ademais, em tal caso, se não fosse aplicada a detração, ocorreria nítido *bis in idem*, uma vez que o tempo no qual o sujeito permaneceu preso acabaria por vir a ser cumprido por duas vezes dentro do cumprimento definitivo da pena, de forma que é cabível a detração:

Essa interpretação é coerente com o que dispõe a Constituição Federal, que prevê a indenização ao condenado por erro judiciário, assim, como àquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV), pois não há indenização mais adequada para o tempo de prisão provisória que se julgou indevida pela absolvição do que ser ele computado no tempo da pena imposta por outro delito. Evidentemente, deve-se negar à detração a contagem do tempo de recolhimento quando o crime é praticado posteriormente à prisão provisória, não se admitindo que se estabeleça uma espécie de "conta corrente", de créditos e débitos do criminoso. (MIRABETE, 2011, p. 371).

Embora a *ratio decidendi* induza ao pensamento de que, se for posterior ao primeiro crime, a cautelar que decorreu do segundo processo poderia ser objeto de detração – uma vez que não haveria nenhum tipo de

violação à norma da proibição da conta corrente –, a bem da verdade, convém salientar que os julgadores têm seguido entendimento diverso.

Isso porque o Superior Tribunal de Justiça consolidou sua jurisprudência no sentido de que não são dois, mas três os requisitos para a detração penal em processos distintos: que esteja comprovada a constrição provisória; que a pena a ser detraída decorra de crime anterior à feitura da cautelar; e que o processo da cautelar resulte em absolvição, extinção da punibilidade ou mesmo redução do *quantum* punitivo. Ou seja: caso o segundo processo ainda esteja em curso, ou se vier a ser proferida sentença penal condenatória, o STJ entende que não seria cabível se valer do instituto da detração no contexto dos processos distintos.^[2]

Não que o período da segregação provisória da liberdade venha a ser descartado. Conforme a ideia desenvolvida pela Corte Superior, seria necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que, com a unificação das penas, fosse possível abater o período no qual o indivíduo permaneceu constricto. Do contrário, entende-se que a detração imediata da pena poderia vir a ocasionar um *bis in idem pro reo*, isto é, um cômputo em dobro do abatimento da quantidade de pena a ser descontada no futuro quando da unificação.

Todavia, quando se analisa rigorosamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao exigir o terceiro requisito da absolvição, observa-se que, além de inexistir previsão legal nesse sentido na regra do art. 111 da Lei de Execuções Penais, esse não parece ser um elemento adequado, mormente em vista da impossibilidade de vilipêndio ao princípio da vedação da conta corrente. Afinal, o entendimento do STJ não implica em negar a detração, mas, na prática, apenas acaba por postergá-la para o momento de unificação das penas.

Ocorre que, ao adotar jurisprudência nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça acaba por corroborar para que as progressões de regime também sejam tecnicamente atrasadas, pois, em razão da negativa de concessão imediata da detração penal, o réu se vê obrigado a aguardar o trânsito em julgado do processo que originou a cautelar para que, só então, possa obter o referido abatimento da pena. Noutro giro, a fundamentação empregada nos acórdãos nunca deixou de fato claro como se daria o risco concreto de "contagem em dobro" da detração.

Visando a realizar uma análise crítica da jurisprudência do STJ e, sobretudo, dos elementos do discurso que é empregado para fundamentar as decisões, faz-se de suma importância que o Direito como um todo – e não apenas a literalidade das decisões – seja compreendido como um grande acervo de relações linguísticas relativamente maleáveis, isto é, como um complexo de proposições cujos sentidos não estão presentes *a priori*, uma vez que variam em função dos contextos social, econômico e político aos quais se encontram submetidos.

Assim, antes de partir para a análise da jurisprudência aludida, devem-se fazer alguns breves apontamentos sobre a natureza linguística do Direito e de seus institutos, o que permitirá uma compreensão mais ampla e acurada da crítica proposta. Portanto, no tópico seguinte, propõe-se mostrar que o ordenamento jurídico pode ser compreendido a partir de uma perspectiva da linguagem, evidenciando que todas as regras e princípios dependem não apenas do texto, mas principalmente da carga existencial do intérprete que realiza a gênese hermenêutica, bem como dos parâmetros interpretativos que são eleitos para a construção dos sentidos dos enunciados.

3 O ordenamento jurídico e sua natureza essencialmente linguística

A interpretação jurídica costuma ser estudada nos manuais apenas nos primeiros capítulos quando se pretende tratar sobre os métodos (ou elementos) que permitem solucionar eventuais problemas relacionados ao texto da norma. Contudo, mais que um meio de resolver impasses jurídicos, a interpretação faz parte da própria constituição do homem enquanto ser humano, haja vista que, desde os primórdios, sempre foi necessário compreender a dinâmica dos céus, dos fenômenos naturais, da comunicação escrita e verbal, entre outras searas.

Todas essas áreas envolvem inexoravelmente o ato da interpretação humana – que não está adstrito, portanto, à solução de questões normativas. Justamente em razão disto, todos os conceitos e institutos do Direito são frutos interpretativos da cognição e do exercício da atividade intelectual (MARMOR, 2000, p. 58-59).

Aliás, ninguém nunca foi capaz, a rigor, de perceber sensorialmente um direito, um dever, um crédito, um débito, tampouco uma responsabilidade civil ou uma pessoa jurídica, pois todos esses itens são de jaez linguístico e não existem no mundo dos fatos (MAMEDE, 2009, p. 48). São constructos resultantes dos processos hermenêuticos realizados por inúmeros intérpretes ao longo dos séculos, de modo a evidenciar que o ordenamento jurídico é, em nível atômico, um gigantesco conjunto de relações linguísticas que traduzem prescrições, proibições, faculdades, entre outros comandos:

Ante a concreção existencial do Direito na experiência profissional e na experiência científico-dogmática a análise formal do direito nos dá muito pouco. Dá-nos as estruturas formalizadas que não retratam especificadamente este ou aquele Direito positivo, mas, por isso mesmo, retém o universal da forma lógica, que se encontra em qualquer direito positivo. Não nos dá o universal concreto seja axiológico, seja fatural-histórico, porque este se revela no processo mesmo da cultura, que é a forma concreta global em que se desenvolve o Direito, como os demais subsistemas normativos reguladores da conduta humana. (VILANOVA, 2010, p. 290-291).

Por conseguinte, os enunciados mais simples e que não suscitam dúvidas aos juristas são objeto de interpretação tanto quanto aqueles que se materializam nos *hard cases* e demandam o uso de técnicas avançadas (DWORKIN, 2000, p. 219-220). Mas o viés linguístico não está presente apenas no ato de criar a norma jurídica. Ao aplicá-la, o magistrado também se utiliza da escolha de sentidos que guardem uma maior correspondência biunívoca com aquilo que foi disposto pelo legislador, além de buscar reconstruir a situação fática que lastreou o litígio.

Apesar do inegável prestígio que a lógica formal e os silogismos exercem sobre a temática da sentença, caracterizaria uma ingenuidade acreditar que os processos hermenêuticos seriam redutíveis a tais modelos do cálculo quantificacional clássico. O juiz não é apenas uma boca da lei. Ele não só decide como também argumenta e expõe, de certa forma, sua visão de mundo acerca daquilo que julga (PERELMAN, 2004, p. 222), dado que não é possível se desprender totalmente a ponto de analisar as lides sob uma ótica objetiva. Pelo menos, será impossível tal quadro enquanto os processos forem apreciados por seres humanos ao invés de máquinas.

O magistrado é incapaz de ser completamente imparcial porque ele carrega consigo toda uma carga existencial única, preenchida por vivências singulares, que afeta seu modo de ver o mundo, bem como os juízos que formula sobre ele (ALVES, 2005, p. 368). Isso porque os vários horizontes de sentido de cada pessoa são definidos em conformidade com seus estados de existência no tempo e no espaço, de modo que todo conhecimento que é engendrado pelo homem passa a depender de um pré-conhecimento que o antecedeu:

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em basear nisso em que está no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente do intérprete. Em todo princípio de interpretação ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já põe, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia. (HEIDEGGER, 1988, p. 207).

Considerando que todos os indivíduos estão em uma contínua mudança, também o próprio acervo normativo tende a se alterar ao longo do tempo. Ou seja: o Direito é inconstante porque herdou de seu criador o gene da inconstância.^[3] Naturalmente, isso se reflete não apenas nas decisões divergentes entre dois ou mais magistrados, mas ocorre também quando o próprio juiz decide, por exemplo, atribuir efeito regressivo ao agravo de instrumento interposto.

Aliás, a própria estrutura dos recursos e meios de impugnação como um todo já parte da premissa de que o ser humano é falho e de que, em razão disto, pode vir a proferir julgamentos errôneos que precisam ser revisados por outros órgãos de superior instância.

Não bastasse tal estado de coisas, a prática forense tende a ser ainda mais complexa devido ao fato de envolver pessoas distintas, com cargas existenciais das mais variadas, e também ideologias (em sentido amplo) que distorcem os argumentos e que se imiscuem dentro deles através de intenções latentes nem sempre perceptíveis até mesmo pelos interlocutores mais atentos. Basta imaginar um hipotético

magistrado que, por ter sofrido um sequestro no passado, tende a ser mais rigoroso ao sentenciar pessoas que praticaram o crime de sequestro. Noutra giro, não apenas no Direito mas em toda forma de comunicação e de expressão humana em geral, é possível encontrar a presença de algum tipo de ideologia:

A interpretação, como hoje é entendida, aplica-se não apenas aos textos e à tradição oral, mas a tudo que nos é transmitido pela história: eventos, expressões espirituais, gestos, comportamentos. Em todos esses casos, porque o sentido daquilo que se põe diante de nós não se revela sem mediação, faz-se necessário olhar para além do sentido imediato, a fim de descobrir o "verdadeiro" significado que se encontra escondido por trás das aparências. Todos os enunciados provenientes da razão carecem de interpretação, porque o seu sentido verdadeiro ou real [se é que existe] chega até nós, invariavelmente, mascarado ou deformado por ideologias. (GADAMER, 1998, p. 19).

Quando o futuro magistrado nasce, preexiste uma cultura repleta de valores, práticas de cunho social e crenças que, paulatinamente, serão absorvidas por ele durante as várias fases da vida e incorporarão sua perspectiva de mundo. A cultura, por si só, encontra esteio em inúmeros tipos de ideologia. A linguagem, como parte estruturante e estruturada da cultura, apresentará diversos traços ideológicos em seus mais simples atos, tal qual um "bom dia" (ORLANDI, 1999, p. 45-46), haja vista que a ideologia é a condição para que se constituam tanto o sujeito quanto os sentidos que poderão ser por ele concebidos (ORLANDI, 1999, p. 46).

É comum que o sujeito opere hodiernamente sob o aspecto da inconsciência e não perceba que grande parte dos discursos que apoia não são totalmente compreendidos por ele, uma vez que desconhece suas origens, dada a sua preexistência sobre o indivíduo (ALTHUSSER, 1985, p. 48-49). Na vertente da análise do discurso proposta pelo francês Michel Pêcheux, o conjunto de todas essas relações inconscientes que acompanham os discursos desde os tempos mais remotos até o presente ficou conhecido como interdiscurso:

De acordo com este conceito, as pessoas são filiadas a um saber discursivo que não se aprende, mas que produz seus efeitos por intermédio da ideologia e do inconsciente. O interdiscurso é articulado ao complexo de formações ideológicas representadas no discurso pelas formações

discursivas: algo significa antes, em outro lugar e independentemente. As formações discursivas, por sua vez, são aquilo que o sujeito pode e deve dizer em situação dada em uma conjuntura dada. O dizer está, pois, ligado às suas condições de produção. Há um vínculo constitutivo ligando o dizer com a sua exterioridade. (ORLANDI, 2005, p. 11).

Demonstrada a relação de dependência entre linguagem e ideologia, e destas para a devida constituição do sujeito, pode-se concluir que todo texto possui um contexto (PECHÊUX, 1988, p. 171) e, sobretudo, que grande parcela dos significados latentes de um discurso se encontram não naquilo que foi manifestado, mas nas circunstâncias histórico-sociais que o acompanham e possibilitam seu entendimento em aspectos mais amplos – ainda que eles não sejam conhecidos efetivamente pelo interlocutor.

Em sentido semelhante, o fenômeno do *the linguistic turn* contribuiu para evidenciar que as próprias palavras não carregam em si o halo de seus significados, porquanto estes variam em função dos jogos de linguagem^[4] eleitos pelo intérprete. O filósofo austríaco Ludwig Wittgenstein chega a se referir à linguagem como se fosse uma espécie de caixa de ferramentas cujas funções em potencial variam em decorrência dos vários usos e empregos que são dados às palavras, em concreto nos contextos situacionais que ocorrem entre emissores e receptores durante a comunicação cotidiana:

Imagine ferramentas dentro de uma caixa: ali tem um martelo, um alicate, uma serra, uma chave de fenda, um metro, um pote de cola, cola, pregos e parafusos. – Tão diferentes como são as funções desses objetos, são também diferentes as funções das palavras. (E há semelhanças aqui e ali.) O que nos confunde, claro, é a uniformidade da sua manifestação, quando as palavras nos são ditas, ou nos defrontamos com elas na escrita ou impressas. Pois o seu emprego não está ali tão claro para nós. (WITTGENSTEIN, 1999, p. 25).

Por isso, a compreensão dos discursos – mormente no Direito – pressupõe também que se considere o interdiscurso, incluindo os contextos social, econômico e político que são exteriores aos juristas, porém que, inexoravelmente, influenciam tanto suas formas de concepção do ordenamento jurídico quanto a estrutura da sociedade. Sem tal cuidado, há o risco de se ater apenas àquilo que foi manifestado e não

adentrar na análise das intenções latentes, que muitas vezes são de vital importância para a compreensão da mensagem.

O pressuposto de que a ideologia está presente na superestrutura é um ponto de partida importante para romper com o mito da imparcialidade. Afinal, as decisões prolatadas por quem se investe no cargo de juiz refletirão os próprios horizontes de sentido daquele responsável por confeccioná-las. Mas, para o “bom funcionamento do sistema”, basta a crença de que haverá um mínimo de possibilidade de influir sobre a consciência do magistrado (JEVEAUX, 1999, p. 83). Com isso, percebe-se que os aspectos políticos e culturais estarão presentes não só no Direito como também nas sentenças e acórdãos que são proferidos.

Colocar em evidência o aspecto linguístico do Direito – e, sobretudo, o ideológico – é uma importante etapa para se proceder a uma crítica mais realista do ordenamento, porquanto sua compreensão exige também que se observe o momento cronológico e histórico no qual se situa. Feitas tais considerações, a fim de analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que concerne ao fenômeno da detração penal em processos distintos, é necessário ter em vista também o aludido contexto social brasileiro, mormente quanto ao sistema penal, de forma a possibilitar uma visão mais ampla do entendimento da Corte Superior.

4 A detração penal e a Corte Superior: das intenções latentes da jurisprudência do STJ em face da realidade carcerária brasileira

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), o Brasil possui cerca de 833.176 presos, tendo alcançado, no ano de 2020, um índice de reincidência de 42,5% (BRASIL, 2019). Do total de pessoas segregadas, apurou-se, em dezembro de 2021, que 40,80% foram presas por crimes cometidos contra o bem jurídico do patrimônio, 28,15% por delitos relacionados a entorpecentes e 14,47% por crimes capitulados contra a pessoa.^[5] Ou seja: essas três categorias representam mais de 80% do total das prisões realizadas.

Em levantamento de 2018 do Infopen,^[6] constatou-se que cerca de 61,7% da população do cárcere brasileiro é predominantemente negra

ou parda.^[7] Com base em tais dados, é possível traçar uma espécie de “perfil carcerário” mais comum e recorrente daquele que acaba por ser encarcerado: em regra, uma pessoa negra ou parda, que foi condenada por algum crime contra o patrimônio ou relacionado a drogas, com baixa escolaridade e insuficiência de recursos que lhe garantam um mínimo existencial digno.

Embora dogmaticamente se afirme que o Direito Penal deve tratar todos os cidadãos com igualdade e se basear apenas em critérios legais para promover a persecução penal, os dados empíricos demonstram que tais ideários são mais artifícios retóricos do que estruturas que de fato se consolidaram na sociedade. Afinal, percebe-se que o ordenamento jurídico tende a ser bem seletivo com os tipos criminológicos que escolhe para encarcerar (BATISTA, 2007, p. 25), haja vista a grande semelhança entre as pessoas que estão presas atualmente.

Mais do que isso, principalmente em regiões mais estigmatizadas, ocorre uma verdadeira espécie de criminalização da miséria (WACQUANT, 2003, p. 19-21), aproximando a figura da população mais pobre aos supostos criminosos que convivem no local, como se todos aqueles indivíduos, por habitarem um espaço marginalizado, também fossem infratores.

Ao verificar a legislação criminal, por exemplo, constata-se que o crime que possui a maior pena em abstrato não é o de corrupção passiva, nem os delitos ambientais, nem aqueles contra o Sistema Financeiro Nacional – que prejudicam um número indeterminado de pessoas –, e sim o crime de extorsão mediante sequestro que tenha por consequência a morte da vítima, previsto no § 3º do art. 159 do Código Penal, cujo preceito secundário varia de vinte e quatro a trinta anos. Ante tal quadro, constata-se que não apenas a polícia, mas, sobretudo, as demais instituições e órgãos jurídicos, desde a nomogênese legislativa à aplicação da pena, tendem a ser seletivos. Por conseguinte, o Direito Penal deixa de ser somente um mecanismo de pacificação social e se torna também um instrumento para controlar e segregar as minorias indesejadas, além de garantir a vigência do *establishment* e dos interesses dominantes (GUIMARÃES, 2010, p. 11).

Entretanto, os mesmos dados expostos também evidenciam que o sistema penal, embora seletivo, não é tão eficiente em conter o crime, dada

a elevada taxa de reincidência e a sensação de impunidade que domina a opinião pública (BECHARA, 2008, p. 411). Ademais, a própria pena privativa de liberdade se desvirtuou de seus objetivos de prevenção e retribuição, de forma que, atualmente, não há uma finalidade político-criminal bem definida para ela (ZAFFARONI, 1991, p. 12-13), senão o escopo de provocar o sofrimento mental e corpóreo aos internos.

É com base em tal cenário de seletividade e de ineficiência do Direito Penal que deverá ser analisada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do fenômeno da detração em processos criminais distintos, uma vez que tais circunstâncias fáticas incorporam, ainda que de forma não consciente, o interdiscurso dos raciocínios desenvolvidos pela Corte Superior.

Partindo de um sentido linguístico, são três, rememore-se, os requisitos para conceder a detração penal em processos distintos, segundo interpretação que o STJ faz do art. 111 da Lei de Execução Penal: que o reeducando comprove a existência da constrição cautelar (não apenas a prisão, mas também o recolhimento domiciliar noturno, a monitoração eletrônica etc.); que o *quantum* de pena que se pretende abater diga respeito a delito anterior à cautelar; e o terceiro requisito, que é a exigência de absolvição, extinção de punibilidade ou redução da pena quanto ao processo da cautelar. Ilustrativamente:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. UNIFICAÇÃO DE PENAS. DETRAÇÃO PENAL. CÔMPUTO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR CUMPRIDO EM OUTRO FEITO. CRIME POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. TESE DE SALDO DE PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento do writ, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Assente nesta eg. Corte Superior que "O direito à detração da prisão cautelar requer o preenchimento dos seguintes requisitos:

absolvição ou declaração de extinção da punibilidade, e que a data do cometimento do crime de que trata a execução seja anterior ao período pleiteado, conforme firme entendimento jurisprudencial desta Corte Superior. Precedentes” (AgRg no REsp n. 1.687.762/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, **DJe** de 14/3/2018).

III - *In casu*, conforme se extrai dos autos, foi afastada com fundamentação adequada, a detração penal pelo eg. Tribunal de origem, na medida em que a data do cometimento do crime em que se busca a detração é posterior ao período de prisão provisória. Habeas corpus não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus n. 701.573/SP. Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF). Julgado em 7.12.2021. **DJe** 15 dez. 2021).

O primeiro requisito, naturalmente, é comprovar a existência da cautelar. O segundo, por sua vez, homenageia o princípio da vedação da conta corrente e, apesar de aceito tanto pela maioria da doutrina quanto pela jurisprudência, também tem suscitado algumas críticas.^[8] Já o terceiro – e que compõe a problemática do presente trabalho – não é objeto de discussão pela doutrina, tampouco os acórdãos se propõem a explicá-lo. Em geral, as instâncias de piso e os tribunais apenas reproduzem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, mas não aprofundam na *ratio decidendi* que lastreia tal requisito, embora ele possa ser associado tanto à segurança jurídica quanto ao risco de cômputo em dobro.

Neste sentido, nos autos do Processo n. 0405051-75.2021.8.07.0015, com trâmite na Vara de Execuções Penais do Distrito Federal, o magistrado, ao denegar a detração imediata diante da ausência de trânsito em julgado do processo que ensejou a cautelar, fundamentou a negativa da seguinte maneira:

Trata-se de pedido de detração de período de cumprimento de medida cautelar em feito diverso.

O pleito não comporta acolhimento, uma vez que a medida cautelar foi aplicada no bojo de processo criminal ainda em trâmite, o que claramente impede o imediato aproveitamento na presente execução, sob pena de possível cômputo em dobro no futuro.

Saliente-se, outrossim, que sequer estava em trâmite a presente execução quando imposta a medida cautelar em feito diverso, o que

reforça o descabimento do pedido, a menos que sobrevenha nova condenação, hipótese em que o tempo será anotado por ocasião da soma das penas, ou, ainda, caso o feito resulte em absolvição por sentença transitada em julgado.

Assim, INDEFIRO o pedido defensivo.

O suposto cômputo em dobro que foi referido ocorreria da seguinte forma: se porventura o magistrado viesse a conceder a detração imediata relativa a um período de cautelar aplicada contra o réu, e cujo processo não transitou em julgado, poderia haver risco de que, no futuro, com a unificação das penas, o mesmo lapso temporal fosse objeto de nova detração penal, de modo a resultar numa espécie de *bis in idem pro reo*. Ou seja, o temor do juiz é de que esse mesmo *quantum* venha a ser abatido duas vezes: quando da solicitação e quando da unificação.

Por isso, respaldado pelo Superior Tribunal de Justiça, o juízo de piso entendeu que seria mais seguro aguardar até o trânsito em julgado da sentença condenatória, ou mesmo a eventual absolvição do crime, para só então conceder a detração pelo período pretendido.

Exige-se o elemento da absolvição ou prescrição da punibilidade, portanto, por segurança jurídica e para impedir a ocorrência de um *bis in idem pro reo*. Feitas as considerações sobre o lado manifesto do discurso, há de se examinar com maior rigor o argumento. De início, convém salientar que, atualmente, é sabido que muitos entes federados utilizam a plataforma SEEU, ou outros sistemas eletrônicos afins, para a tramitação dos processos. Considerando o teor digital, bastaria anotar no sistema a data em que foi concedida a detração penal e isso poderia impedir um futuro cômputo em dobro (o SEEU, nesse sentido, possui uma aba específica para fins de detração, interrupção por fuga, remissão etc.).

Não obstante, o mero risco administrativo de vir a conceder em dobro a detração penal no futuro não se mostra um motivo justo suficiente para impedir o abatimento imediato da pena, mormente quando a subtração do *quantum* punitivo poderia provocar a progressão de regime. Logo, o pretexto oficialmente invocado para explicar a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado não é plausível diante dos aparatos tecnológicos contemporâneos. Ainda

em defesa da exigência da absolvição, poder-se-ia pensar que o cômputo em dobro é um risco matemático que pode vir a acontecer mesmo que se tomem as devidas precauções.

Acontece que, assim como a ordem dos fatores não altera o produto, o momento da soma ou da subtração não acarreta variações no resultado final. Suponha-se o exemplo a seguir: o sujeito praticou um crime de roubo e, no dia seguinte, outro delito de mesma natureza que ensejou a aplicação de cautelar de monitoração eletrônica por noventa dias. Findo o prazo, ele retirou a tornozeleira e permaneceu por mais alguns meses em liberdade, quando o primeiro processo transitou em julgado e ele foi preso em razão do cumprimento definitivo da pena, ao passo que o segundo processo ainda não foi sentenciado.

Pelo entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça, por mais que o caso narrado não configure afronta ao princípio da vedação da conta corrente (porquanto a cautelar ocorreu posteriormente ao primeiro crime), a circunstância de o segundo processo ainda aguardar o julgamento obstará o deferimento da detração penal dos noventa dias para abater o *quantum* punitivo correspondente ao primeiro roubo. Salvo, é claro, se porventura fosse absolvido o réu ou extinta a punibilidade do delito, conforme dispõe a jurisprudência.

Contudo, em termos matemáticos, o raciocínio também não se mostra muito adequado. Basta imaginar dois caminhos que podem se concretizar. Se for proferida sentença condenatória e, depois, ocorrer o trânsito em julgado, far-se-á a unificação das penas e, na oportunidade, será somada a pena do primeiro roubo com a do segundo e detraídos os noventa dias da cautelar. Já se advier sentença absoluta e nenhuma das partes dela apelar, pela jurisprudência do STJ, autorizar-se-á o abatimento dos noventa dias no *quantum* punitivo da única condenação. Ou seja, ao fim e ao cabo, em ambas as hipóteses, os noventa dias seriam considerados. A diferença é somente o momento em que isso viria a ocorrer.

Ainda na hipótese narrada, não haveria diferença numérica entre conceder imediatamente a detração ou aguardar o eventual trânsito em julgado da sentença penal condenatória, porque, ao final, os noventa dias seriam detraídos. Para ilustrar, considere que a primeira condenação resultou na Pena 1, e a segunda, ainda pendente

de recurso, na Pena 2. Caso se aguardasse até o trânsito em julgado para detrair, ter-se-ia Pena 1 + Pena 2 – noventa dias no momento da unificação. Agora, se os noventa dias fossem empregados de imediato, ter-se-ia Pena 1 – noventa dias + Pena 2, e a Pena 2 poderia ou não se alterar em razão do recurso interposto, mas isso não iria influenciar nos noventa dias detraídos. Afinal, em ambos os casos, o resultado seria o mesmo e só poderia variar em função de eventual reforma da Pena 2 pela instância superior.

Observa-se, portanto, que o requisito da absolvição exigido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não encontra respaldo nem via administrativa da gestão penal, nem mesmo nos axiomas da matemática, porquanto não haveria diferença numérica entre abater a pena só na unificação ou no decorrer do processo, quando já delimitado temporalmente o lapso da constrição provisória imposta. Tampouco haveria de se falar em risco de cômputo em dobro pelas razões expostas anteriormente.

Apesar das considerações feitas, não se poderia aceitar que a jurisprudência do STJ tivesse previsto a necessidade de um requisito aleatório para autorizar a detração em processos distintos. Até porque todo texto tem um contexto, e é aqui que a análise do discurso e a crítica da linguagem se mostram de nevrálgica importância para compreender a finalidade latente que está por trás do discurso do “cômputo em dobro”, ou da “necessidade de absolvição do réu”.

Visto que não se percebe diferença matemática entre aplicar a detração imediata e aguardar até o trânsito em julgado para descontar, em termos jurídicos, pode haver consequências de suma importância para os interesses do réu. Na situação aludida há pouco, por exemplo, poder-se-ia considerar que a detração imediata dos noventa dias permitiria ao réu antecipar sua progressão de regime em três meses. Conquanto três meses possam não parecer um prazo tão longínquo, não há dúvidas de que, para o reeducando, cada segundo dentro do cárcere representa uma eternidade, e um dia a menos faz para ele uma grande diferença. Aliás, é possível que, noutros casos concretos, existam períodos ainda maiores de detração (mormente no Júri, pois os réus tendem a ficar presos preventivamente até no mínimo a feitura da primeira audiência).

Quando se percebe que uma das principais consequências da detração penal imediata seria a redução do prazo para progredir de regime, e em vista da descrença pública nas instituições jurídicas e da ineficiência do sistema carcerário, é possível constatar a verdadeira razão de ser da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: postergar a progressão de regime.

O Poder Judiciário, em razão do enorme volume de processos, tende a ser moroso e a se valer muito da prisão preventiva como mecanismo de resposta rápida à sociedade (ZAFFARONI, 2013, p. 50), de forma que, por vezes, a duração da cautelar ultrapassa a previsão *in abstracto* que foi posta pelo legislador. Considerando o uso excessivo das prisões preventivas, reconhecer a detração imediata implicaria em uma diminuição da pena privativa de liberdade e, assim, aumentaria ainda mais o sentimento de insegurança da sociedade diante do menor tempo em que os condenados permaneceriam presos.

O entendimento que condiciona a detração em processos distintos à absolvição do acusado no processo que ocasionou a cautelar se insere num leque mais amplo de linhas jurisprudenciais que guardam em si uma verdade raiz funcional-sistêmica, tais como as teses de inadmissão de *habeas corpus* dos Tribunais Superiores por falta de exaurimento das instâncias ou mesmo a impossibilidade, em regra, de impetrar o *writ* contra decisões que denegam a liminar pleiteada, as diversas barreiras de acesso impostas aos recursos constitucionais, entre várias outras razões levantadas pelos órgãos que arrefecem a celeridade do Poder Judiciário.

No seio do interdiscurso da jurisprudência do STJ sobre o tema, é possível encontrar, pois, uma tendência do Judiciário em buscar mecanismos que provoquem a ilusão de que o sistema penal garante a segurança à sociedade e de que os encarcerados não retornam rapidamente às ruas, mas isso em detrimento dos direitos e garantias fundamentais dos reeducandos. Afinal, sabe-se que a regra do art. 111 da Lei n. 7.210/1984 em nenhum momento exige a absolvição ou a extinção da punibilidade para que se proceda à detração em processos distintos. Por isso, há uma raiz funcionalista-sistêmica na jurisprudência da Corte Superior, porquanto se busca, ainda que de forma inconsciente (ou quiçá não), que as instituições transmitam

segurança à população e que o Direito, enquanto sistema, funcione e cumpra com as expectativas sociais.

Contudo, para além de extrapolar os limites da legalidade, a jurisprudência do STJ também contraria o princípio do *favor rei*, ou, mais especificamente, a interpretação mais benéfica ao réu. Ora, se o sentido da norma não está tão claro e não exige a absolvição, não incumbiria ao intérprete fazê-lo. Ainda mais se a detração imediata se mostra muito mais benéfica ao acusado por permitir aproximar a data de sua progressão de regime. Não deve a função simbólica da prisão prevalecer sobre o princípio da interpretação mais benéfica ao apenado, sob pena de comprometer a Democracia e, futuramente, a própria segurança jurídica:

[...] o princípio do *favor rei* é a base de toda legislação penal de um Estado inspirado, na sua vida política e no seu ordenamento jurídico, por um critério superior de liberdade. Não há, efetivamente, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento [...]. No conflito entre o *jus puniendi* do Estado por um lado e o *jus libertatis* do arguido por outro, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quer assistir ao triunfo da liberdade. (BETTIOL, 1974, p. 295).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não se destina a reforçar a incolumidade dos bens jurídicos e dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que ela visa, na prática, a proteger o próprio sistema penal a fim de que os cidadãos não percam suas esperanças e passem a ter boas expectativas em relação a ele. Apesar de parecer legítimo, o funcionalismo sistêmico acaba por relativizar valores atrelados à dignidade humana e a criar inseguranças (ROXIN, 2009, p. 34-35), visto que é muito subjetivo apontar o que supostamente é ou não perigoso para o eventual “funcionamento do sistema”.

Assim, com base numa análise crítica da linguagem e em vista das ideologias que se fazem presentes no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que a jurisprudência aludida não possui a solidez necessária para autorizar a incidência de um entendimento que, apesar de não provocar diferenças matemáticas – conforme explicado anteriormente –, acaba por postergar a progressão de regime dos reeducandos, além de ir de encontro àquilo que dispõem a inteligência do art. 111 da Lei de Execuções Penais e o princípio da interpretação mais benéfica.

5 Conclusão

A exigência da absolvição ou da extinção da punibilidade imposta pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a fim de admitir a detração penal em processos distintos não possui nenhuma justificativa plausível, nem de ordem jurídico-administrativa nem de ordem matemática, de forma que os motivos comumente alegados para respaldar tal tese tendem a não ser sólidos o suficiente para preponderar sobre o princípio da interpretação mais benéfica da regra do art. 111 da Lei n. 7.210/1984, haja vista que o próprio legislador não aludiu a nenhum requisito do tipo para que se procedesse à detração em processos distintos.

Considerando os contextos da seletividade do sistema penal e da ineficiência do Direito em evitar a ocorrência de crimes e oferecer uma resposta satisfatória à sociedade, engendra-se um interdiscurso que subsidia a análise da jurisprudência proposta, de forma a evidenciar, com esteio na crítica da linguagem e na análise do discurso, que ela se insere dentro do já existente plexo de entendimentos que visam a defender não as garantias constitucionais do réu, mas a função simbólica do Direito Penal diante do coletivo. Ou seja, busca-se construir uma ilusória impressão de bom funcionamento das instituições jurídicas e públicas como um todo, mesmo em detrimento dos direitos e das garantias fundamentais e da própria legalidade. É, em suma, a adoção da tese de que os fins podem vir a justificar os meios – *in casu*, os direitos de índole constitucional.

Sobretudo, o exposto aponta para a necessidade de *overruling* da jurisprudência da Corte Superior, que condiciona a obtenção do benefício à sentença penal absolutória, ao passo que o princípio da interpretação mais benéfica, lastreando a detração penal imediata, permitiria ao apenado uma diminuição no *quantum* punitivo existente. Reduzir-se-ia, por consequência, a data da progressão de regime, favorecendo sobremaneira os interesses do acusado e sem incorrer em *bis in idem pro reo*, ou cômputo em dobro da detração, dadas as ferramentas que os juízos possuem para evitar a ocorrência de tais equívocos.

A “impressão de segurança” que o Direito Penal deve dar à sociedade precisa ocorrer com total respeito aos direitos e garantias

fundamentais, em paralelo ao implemento de políticas públicas que efetivamente possam auxiliar no combate e na prevenção da criminalidade. Não se favorece o bem-estar social com a criação de linhas jurisprudenciais que se proponham a resolver superficialmente o problema da elevada taxa de crimes do Brasil, pois somente com o desenvolvimento de bases sólidas de educação, moradia, saúde e lazer é que se poderá, ao fim e ao cabo, garantir alguma segurança real e efetiva à população brasileira.

Referências

ALBERO, Ramón García. **Non bis in idem material y concurso de leyes penales**. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do Estado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1985.

ALVES, Alaor Caffé. **Lógica: pensamento formal e argumentação**. Elementos para o discurso jurídico. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 103, p. 411-436, 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67812>. Acesso em: 26 set. 2022.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal**. Coimbra: LDA, 1974.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Reentradas e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pano-rama-reentradas-sistema.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2022.

CALVI, Pedro. Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão. **Câmara dos Deputados**. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Brasília, 6 ago. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em: 30 mar. 2022.

- CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Pillares, 2015.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 1998.
- GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Constituição, Ministério Público e direito penal**: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1988.
- JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- MAMEDE, Gladston. **Semiologia do direito**: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal**: lições fundamentais. Parte geral. 6. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- ORLANDI, Eni P. **Análise de discurso**: princípios e procedimentos. Campinas: Pontes, 1999.
- ORLANDI, Eni P. Michel Pêcheux e a análise de discurso. **Estudos da Língua(gem)**, Vitória da Conquista, n. 1, p. 9-13, jun. 2005.

PÊCHEUX, Michel. **Semântica e discurso**: uma crítica à afirmação do óbvio. Trad. Eni Orlandi. Campinas: Unicamp, 1988.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SABOYA, Keity. **Ne bis in idem**: história, teoria e perspectiva. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2014.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Notas

- [1] Nesse sentido: “HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. CRIME COMETIDO EM MOMENTO POSTERIOR À CUSTÓDIA CAUTELAR. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus n. 197.112/RS. Relator: Min. Og Fernandes. Julgado em 19.5.2011. Publ. **DJe** 31 maio 2011. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1063161&tipo=0&nreg=201100294755&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110601&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 7 nov. 2022).
- [2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus n. 701.573/SP. Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF). Julgado em 7.12.2021. Publ. **DJe** 15 dez. 2021.
- [3] No mesmo sentido: “As mudanças de interpretação assemelham-se à substituição das leis, hipótese em que, igualmente, não se pode dizer que as normas posteriores são editadas para corrigir erros teóricos até então despercebidos na legislação em vigor, porque, em verdade, essas novas soluções normativas são apenas reflexos de subjacentes transformações fático-axiológicas no prisma histórico-social de aplicação do direito, mudanças das quais decorrem as constantes adaptações dos modelos jurídicos. O direito escorre para fora do texto formal que o contém, porque vive agitado pelas circunstâncias, sempre inquietas, da vida social” (COELHO, 2015, p. 175).
- [4] “A expressão jogo de linguagem não pode ser incorretamente compreendida, como se se aludisse com ela simplesmente a um jogo com a linguagem, a um fazer malabarismos com palavras. Um jogo de linguagem, tal como aqui deve ser entendido, é o modo especial como – adentro de uma determinada linguagem – se fala de determinado setor de coisas ou âmbito de experiência. Tais setores são, por exemplo, a natureza inanimada e a natureza viva, a técnica, a arte, ou mesmo o Direito. Numa linguagem, fala-se sempre sobre algo. A compreensão por intermédio da linguagem é compreensão de uma coisa que é trazida à linguagem. A coisa de que se fala na linguagem normativa da Jurisprudência é a coisa Direito.” (LARENZ, 1989, p. 236).
- [5] Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/downloads/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2021.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2022.
- [6] Sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro.
- [7] CALVI, Pedro. Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão. **Câmara dos Deputados**. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Brasília, 6 ago. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/>

sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao. Acesso em: 30 mar. 2022.

- [8] Neste sentido, critica-se o princípio da vedação da conta corrente: “Não se pode aceitá-lo sob o argumento de que eventual prisão provisória desnecessária pode ser indenizada pelo Estado, até porque a liberdade indevidamente suprimida não deve ser compensada por regra mecânica de cunho unicamente monetário. A restrição equivocada da liberdade em um outro processo, dessa forma, deverá compensar parte do quantum condenatório de processo diverso [...]. E isso porque qualquer interpretação restritiva, isto é, que venha em prejuízo do réu/apenado, não pode ser admitida em sede do Direito Penal” (MARTINELLI; BEM, 2021, p. 1134).

Ser MULHER, ser humano

Liduína Araújo Batista

Analista Processual do Ministério Público do Trabalho (MPT). Especialista em Gestão Pública e graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Resumo: Este artigo traça breves considerações sobre a caminhada da mulher, sua luta por direitos e a violência sofrida pelo simples fato de pertencer ao sexo feminino.

Palavras-chave: mulher; violência; pandemia.

Sumário: 1 Introdução. 2 Discussão. 3 Conclusão.

1 Introdução

Reveste-se de força e dignidade; sorri diante do futuro. Fala com sabedoria e ensina com amor (Provérbios 31:25-26). Com esta leitura veio a ideia de um breve relato sobre a trajetória da mulher na história.

Segundo o dicionário Priberam (MULHER, 2022), mulher – do latim *mulier* – é o substantivo que identifica o ser humano do sexo feminino. Embora engrandecida nos poemas de beleza e de amor ao longo do caminho percorrido pela humanidade, a mulher, o organismo capaz de dar continuidade à espécie humana, em sua jornada na busca por reconhecimento e respeito, vem travando árduas lutas por dignidade, direitos e justiça. Muitas vezes aviltadas, as mulheres não têm reconhecida a relevância de sua condição, que colide com submissão, ignomínia, preconceitos e injustiças sociais de ordens várias.

2 Discussão

Como qualquer outro ser humano, à mulher nem sempre é possível portar-se sorrindo diante do futuro, falar com sabedoria e ensinar com amor, mas, quando lhe falta o sorriso, é censurada. Conforme

Comparato (2019, p. 295), a discriminação contra a mulher também ocorre ao lhe ser negado o direito à diferença, ou seja, quando acontece “a recusa do reconhecimento e respeito dos dados biológicos e valores culturais componentes do universo feminino”.

Há um provérbio hindu que diz: “o nascimento de uma menina é como a chegada de Lakshmi”. Lakshmi é uma deusa hindu, retratada segurando flores de lótus, representando a riqueza e a boa sorte. Considerando o valor que, em verdade, a mulher deveria representar, o provérbio é muito adequado. No entanto, a história tem demonstrado exatamente o contrário. Da antiguidade ao momento atual, o percurso das mulheres tem sido árduo e marcado por injustiças. Mesmo firmes e resistentes, ainda assim, de longe, o seu papel tem sido relegado a plano inferior e, na caminhada, muitos percalços e esforços podem ser citados.

Segundo Alambert (2004, p. 27),

[n]a aurora da humanidade não podemos falar na existência de desigualdades entre o homem e a mulher. Naquele tempo, não existiam povos, nem Estados separados; os seres humanos viviam em pequenos grupos (hordas) e, depois em famílias e tribos. [...] os seres humanos tinham que se manter agregados, solidários entre si, para sobreviver e se defender dos animais ferozes e das intempéries. Quem se marginalizava perecia. Logo, não havia uma superioridade cultural entre homens e mulheres.

Não obstante a tradição de fé do povo de Israel – marcada pela atuação da força feminina e sua resistência ao esgotamento – e a propagação do Cristianismo no mundo ocidental, as mulheres das mais diversas sociedades foram silenciadas ao longo dos tempos, tratadas como seres sub-humanos. No contexto, o maior dos homens na história ocidental, Jesus Cristo, travou a primeira luta em defesa das mulheres – contra o preconceito, a forma desprezível com a qual eram tratadas e toda a injustiça. Jesus pregava para todos que o seguiam, não apresentando distinção entre homens e mulheres, modificando a ordem social da época, repleta de privilégios para os homens. Sua marca surtiu grandes efeitos.

No entanto, o processo de igualdade de tratamento em razão do gênero seguiu demasiadamente lento, e as mulheres continuaram vítimas da

escassez de direitos de toda sorte, desde a exclusão da sucessão de bens na herança à personificação do nome (filha “de” ou esposa “de”) ou o casamento por pacto entre famílias, sempre em obediência ao interesse dos homens. Destaque-se que, mesmo após Jesus Cristo, as mulheres que transgrediram normas, geralmente injustas, aplicáveis apenas ao gênero feminino, sofreram rigorosas punições, citando-se como exemplo a clausura em conventos, sem contar o nefasto fenômeno repressor da bruxaria, verificado na Europa entre os séculos XIV e XVIII (GIANNINI, 2005). Foram mais de quatro séculos manchados pela macabra campanha de significado religioso, político e sexual, levada a efeito pela igreja e pelo Estado. Avalia-se que no período executaram-se aproximadamente nove milhões de pessoas, das quais mais de 80% eram mulheres (ANGELIN, 2021).

Não muito distante dos dias atuais (até o final do século XVIII, com a Revolução Francesa), vigorou uma teoria científica – dominante – em que a mulher era considerada imperfeita por natureza. Tratava-se do “modelo do sexo único”, descrito por Thomas Laqueur, situando a mulher num degrau abaixo do homem na hierarquia social, a partir da ideia de que as mulheres seriam “homens invertidos”, porque seus órgãos sexuais eram os mesmos dos homens, mas voltados para dentro do corpo. Por essa razão, as mulheres não passariam de seres ontologicamente impotentes e mentalmente frágeis. Esses motivos foram usados para fundamentar a supremacia masculina (NEPOMUCENO, 2005).

No campo dos assuntos públicos, embora a cidadania e o voto estejam diretamente relacionados desde as civilizações greco-romanas, grandes batalhas foram travadas para garantir o direito das mulheres de participar das decisões políticas. No século XVIII, os ideais iluministas de igualdade, liberdade e fraternidade serviram de parâmetro para a concepção do padrão de direitos e deveres dos cidadãos de um país. E, nesse período de luz, muitas mulheres estabeleceram embates e gravaram suas convicções em prol da igualdade de direitos entre os gêneros, como a francesa Olympe de Gouges – que, em 1791, escreveu a *Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã*, pedindo a supressão dos apanágios masculinos, ideias que a levaram à guilhotina em 1793 – e a britânica Mary Wollstonecraft, que escreveu *A reivindicação dos Direitos da Mulher* (OLYMPE, [2022]).

Ressalta-se que, até o início do século XX, o voto, em quase todos os países, era um direito essencialmente masculino. Neste cenário, surge o movimento das mulheres conhecidas como sufragistas. As vitórias alcançadas entre os anos de 1976 e 1985 foram determinantes para o início da justa igualdade entre os gêneros, a ponto de esse período ser declarado "a Década da Mulher". Em 18 de dezembro de 1979, foi promulgada, no âmbito da Organização das Nações Unidas, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Carta Internacional dos Direitos da Mulher), promulgada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Destacam-se os direitos relacionados a vida, liberdade, igualdade, informação, educação, saúde, entre outros.

O fardo exige esforço, a caminhada é longa, e contra as mulheres ainda sopram ventos de injustiças, faltando muito espaço a percorrer e conquistas a alcançar, visto que, atualmente, algumas culturas estampam, de modo ainda mais severo, a bárbara e atroz realidade feminina. De acordo com os dados, após consulta a especialistas em gênero, a Arábia Saudita é indicada como o segundo pior lugar para as mulheres, depois da Índia (BHALLA, 2012).

Segundo Bahlla, (2012) "É um milagre que uma mulher sobreviva na Índia. Mesmo antes de ela nascer, ela corre risco de ser abortada devido à nossa obsessão por filhos homens".

Não obstante os direitos desses bravos seres humanos serem ignorados ao longo da estrada, recentemente, em especial nas civilizações mais desenvolvidas, a sapiência humana tem progredido e firmaram-se muitas conquistas, garantindo-se e institucionalizando-se direitos às mulheres, as quais têm brilhado em grandes competições desportivas, bem como alcançado destaque na administração de negociações comerciais e na política. Apesar de alcançar respeito por meio de impávidos esforços em prol de direitos e dignidade, as mulheres ainda enfrentam discriminação quanto aos salários, cargos inferiores, assédio, entre outros desprestígios sociais.

É lamentável verificar que, em pleno século XXI, os casos de submissão e violência e vários tipos de maus-tratos contra as mulheres são assuntos corriqueiros em todo o mundo.

No Brasil, infelizmente, a violência contra a mulher tem alcançado números alarmantes. Informações jornalísticas, com dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (ministra Damares), assinalaram que o Brasil teve 105.000 denúncias de violência contra a mulher em 2020 (MARTELLO, 2021).

Em meio à mortandade causada pela pandemia da covid-19, que assolou o mundo, a violência contra a mulher brasileira tem sido marcante. Informações na página da Marco Zero (uma organização da sociedade civil sem fins lucrativos) salientam que, no ano passado (2020), o Brasil registrou, durante o período da pandemia, três casos de mulheres vítimas de feminicídio por dia, destacando que, “[m]esmo sobrevivendo aos riscos do coronavírus, pelo menos 1.005 mulheres morreram entre os meses de março a dezembro de 2020 no país” (EBRAHIM, 2021).

Pesquisas realizadas neste ano de 2021 mostram que, durante a pandemia, a violência doméstica tomou contornos ainda mais expressivos. Conforme pesquisa realizada pelo Datafolha, publicada em 7 de junho de 2021,

[n]a comparação com os dados da última pesquisa, há aumento do número de agressões dentro de casa, que passaram de 42% para 48,8%. Além disso, diminuíram as agressões na rua, que passaram de 29% para 19%. E cresceu a participação de companheiros, namorados e ex-parceiros nas agressões. (PAULO, 2021).

De acordo com levantamento, promovido por pesquisadores da Universidade Federal do ABC, o número de casos de violência contra a mulher é superior ao informado:

O aumento do feminicídio e das concessões das medidas protetivas são fortes indicadores de subnotificação dos casos de violência contra as mulheres, além do próprio fenômeno da violência doméstica. Pesquisadoras da Universidade Federal do ABC (UFABC) e integrantes da Rede Brasileira de Mulheres Cientistas (RBMC) explicam que esses dados mostram a importância dos serviços de proteção à mulher, que foram descontinuados com a pandemia e poderiam interromper o ciclo da violência.

[...]

Em São Paulo, de janeiro a abril de 2019, foram registrados 55 casos de feminicídio no estado. No mesmo período de 2020, foram 71 registros. Em 2021, foram 53 assassinatos de mulheres em razão do gênero, segundo dados da Secretaria de Segurança Pública (SSP). Em relação às medidas protetivas, foram mais quase 47 mil em 2019 e mais de 52 mil registros em 2020. Nos primeiros quatro meses de 2021, o total já ultrapassa 21 mil, a tendência, portanto, é de crescimento para este ano. (MACIEL, 2021).

Referências no site UOL Educação (Vestibular UOL) noticiam:

O Brasil ocupa o 5º lugar no ranking mundial de Feminicídio, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). O país só perde para El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia em número de casos de assassinato de mulheres. Em comparação com países desenvolvidos, aqui se mata 48 vezes mais mulheres que o Reino Unido, 24 vezes mais que a Dinamarca e 16 vezes mais que o Japão ou Escócia. (CUNHA, 2020).

Contudo, as mulheres, quase silenciosamente, seguem a marcha da vida, transformando sua dor em bravura para suportar e tentar vencer a aflição.

Independentemente de ser uma mulher incógnita ou portadora dos maiores nomes femininos presentes nos feitos e nos livros de História, todas as mulheres carregam em algum momento, ou suportam, o fardo *standard* da "inferioridade". Muitas delas são surradas, moralmente ou por meio de violência física, quando não se curvam aos desmandos, são insultuosamente tratadas por buscar e defender direitos, por vezes dentro do próprio ciclo de convivência.

Percebe-se o quão aterrorizante é viver sem liberdade para ser feliz. E, assim, com aspecto disfarçado, a maioria das mulheres é reprimida pela compulsória discriminação da simples idiosincrasia. Quando ousam amar a si mesmas e ao próximo em um mundo tão difícil, transformando sua dor em força, corajosas e fiéis em sua essência, são marcadas, maculadas, julgadas loucas.

Sobre este aspecto, cabe citar Simone de Beauvoir (1967, p. 437):

No dia que for possível à mulher amar em sua força e não em sua fraqueza, não para fugir de si mesma, mas para se encontrar, não para se

renunciar, mas para se afirmar, nesse dia o amor tornar-se-á para ela, como para o homem, fonte de vida e não perigo mortal.

Destaque-se que a violência contra as mulheres nem sempre foi compreendida como um fenômeno social grave e complexo que atinge mulheres em todo o mundo, provocando consequências negativas para toda a sociedade. No Brasil, existem registros de muitos casos de violência contra as mulheres, associada a outras marcas de desigualdades tais como o racismo ou a classe social.

Considerando a legislação brasileira, desde as primeiras normativas portuguesas do período colonial – como as Ordenações Filipinas, em que a mulher era reputada incapaz – e até mesmo o advento do Código Civil de 2016, verifica-se que vigorou no País a ignorância legislativa quanto a essa questão feminina. No campo da violência, as mulheres suportaram aflições e empenharam-se em muitas lutas até a entrada em vigor da Lei Maria da Penha no ano de 2006, a qual, seguindo o entendimento da Constituição da República de 1988, informa mecanismos para reprimir e impedir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Observa-se, portanto, quão moroso e lancinante, no Brasil, foi o processo para o que os abusos e maus-tratos contra as mulheres fossem reconhecidos como violação de direitos humanos.

Recentemente, em julho de 2021, divulgou-se nas redes sociais um vídeo em que um jovem músico espancava sua ex-esposa. A repercussão maior do caso deu-se em razão do horripilante fato, e ainda mais preocupante do que a violência doméstica no caso concreto foi que se detectou, após a publicação do vídeo, que o homem recebeu uma parcela significativa de seguidores, evidenciando-se assim uma sociedade debilitada de princípios morais (PRIMEIRO IMPACTO, 2021).

Nesta oportunidade, não poderia deixar de mencionar um evento, no ano de 2016, quando, através do *Billboard Woman in Music 2016*, a cantora Madonna foi eleita a "Mulher do Ano". Na solenidade ela fez um discurso sobre a sua resistência contra preconceito com o qual foi tratada em 34 anos de carreira. Transcreve-se, a seguir, trecho de sua fala:

O que eu gostaria de dizer para todas as mulheres que estão aqui hoje é: Mulheres têm sido oprimidas por tanto tempo que elas acreditam no que os homens falam sobre elas. Elas acreditam que elas precisam apoiar um homem. E há alguns homens bons e dignos de

serem apoiados, mas não por serem homens, mas porque eles valem a pena. Como mulheres, nós temos que começar a apreciar nosso próprio mérito. Procurem mulheres fortes para serem amigas, para serem aliadas, para aprenderem com elas, para serem inspiradas, para serem apoiadas e para serem instruídas. (O PODEROSO, 2016).

Enfim, no seu caminhar, o ser humano evoluiu bastante, notadamente quanto à ciência e à tecnologia, de modo suficiente para descartar comportamentos mesquinhos. No entanto, a brutalidade continua, de modo que a proteção a que se dá tema requer pujança.

3 Conclusão

Com este breve resumo do incompreendido SER, mulher, busca-se refletir sobre o vasto mundo de teses e antíteses referentes às mulheres, universo de sabedoria e fonte mágica de onde emerge a produção da vida. Preciosidade que, além de juntar e desenvolver os papéis de esposa, mãe e administradora do lar, ainda consegue trabalhar e contribuir para o crescimento da economia mundial. Como se não bastasse, muitas mulheres, com a própria vida calcada na mais espinhosa luta do ser humano, seguem buscando atenuar as mazelas do mundo e melhorar a humanidade. Algumas, mesmo marcadas por submissão e sofrimento, continuam com a magnitude de quem não aceita a minudência e se eleva na serena felicidade, persistindo na criação da possibilidade de vitórias.

Políticas públicas, para formar consciência coletiva, devem ser implementadas para prática, desde tenra idade, a partir dos lares e das escolas, informando-se e exigindo-se respeito e igualdade.

Sobreleva-se a sociedade quando se empenha por dignidade e justiça.

Referências

ALAMBERT, Zuleika. **A história da mulher**. A mulher na história. Brasília. Fundação Astrojildo Pereira/FAP; Abaré, 2004.

ANGELIN, Rosângela. A "caça às bruxas": uma interpretação feminista. **Catarinas**, Santa Catarina, out. 2016. Disponível em: <https://catarinas.info/a-caca-as-bruxas-uma-interpretacao-feminista/>. Acesso em: 12 jul. 2021.

BEAUVOIR, S. **O segundo sexo**: a experiência vivida. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967. v. 2.

BHALLA, Nita. Índia é pior do G20 para mulheres: “é um milagre que sobrevivam”. **Terra**, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/asia/india-e-pior-do-g20-para-mulheres-e-um-milagre-que-sobrevivam,25896380c0ada310VgnCLD200000bbceboARCRD.html>. Acesso em: 13 jul. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CUNHA, Carolina. Femicídio – Brasil é o 5º país em morte violenta de mulheres no mundo. **UOL**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/femicidio-brasil-e-o-5-pais-em-morte-violentas-de-mulheres-no-mundo.htm>. Acesso em: 9 mar. 2021.

EBRAHIM, Raíssa. Mais uma travesti é assassinada e movimento pressiona governo estadual por políticas públicas. **Marco Zero**, Recife, 5 jul. 2021. Disponível em: <https://marcozero.org/mais-uma-travesti-e-assasinada-e-movimento-pressiona-governo-estadual-por-politicas-publicas/>. Acesso em: out. 2022.

GIANNINI, Massimo Carlo. **LEYVA, Virginia Maria de**. Dicionario Biografico degli Italiani. 2005. Volume 65. Disponível em: [https://www.treccani.it/enciclopedia/virginia-maria-de-leyva_\(Dizionario-Biografico\)](https://www.treccani.it/enciclopedia/virginia-maria-de-leyva_(Dizionario-Biografico)). Acesso em: out. 2022.

MACIEL, Camila. Casos de violência doméstica estão subnotificados na pandemia. **Agência Brasil**, São Paulo, jun. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2021-06/casos-de-violencia-domestica-estao-subnotificados-na-pandemia>. Acesso em: 13 jul. 2021.

MARTELLO, Alexandre. Brasil teve 105 mil denúncias de violência contra mulher em 2020; pandemia é fator, diz Damares. **G1**, Rio de Janeiro, mar. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/03/07/brasil-teve-105-mil-denuncias-de-violencia-contramulher-em-2020-pandemia-e-fator-diz-damares.ghtml>. Acesso em: 9 mar. 2021.

MULHER. In: DICIONÁRIO Priberam [online]. 2022. Disponível em: <https://www.priberam.pt/dlpo/MULHER>. Acesso em: out. 2022.

NEPOMUCENO, Margarete Almeida. Ser e não ser: ambivalência nas identidades de gênero. **Revista Ártemis**, João Pessoa, n. 2, p. 119-129, 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/artemis/article/view/2347/2082>. Acesso em: out. 2022.

OLYMPE de Gouges. **Fondation pour la Mémoire de l'Esclavage**, França, [2022]. Disponível em: <https://memoire-esclavage.org/biographies/olympede-gouges-0>. Acesso em: out. 2022.

PAULO, Paula Paiva. Uma em cada quatro mulheres foi vítima de algum tipo de violência na pandemia no Brasil, aponta pesquisa. **G1**, São Paulo, jun. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/06/07/1-em-cada-4-mulheres-foi-vitima-de-algum-tipo-de-violencia-na-pandemia-no-brasil-diz-datafolha.ghtml>. Acesso em: 13 jul. 2021.

O PODEROSO discurso de Madonna ao ser eleita mulher do ano pela Billboard. **Hypeness**, Rio de Janeiro, 13 dez. 2016. Disponível em: <https://www.hypeness.com.br/2016/12/o-poderoso-discurso-de-madonna-ao-ser-eleita-mulher-do-ano-pela-billboard/>. Acesso em: 5 mar. 2017.

PRIMEIRO IMPACTO. Após vídeo de espancamento, número de seguidores de DJ aumenta. **SBT News**, São Paulo, 12 jul. 2021. Disponível em: <https://www.sbt.com.br/jornalismo/primeiro-impacto/noticia/173552-apos-video-de-espancamento-numero-de-seguidores-de-dj-aumenta>. Acesso em: jul. 2021.

Lei n. 14.230/2021: um retrocesso inconstitucional no combate à improbidade administrativa^[1]

Luciane Goulart de Oliveira

Procuradora da República. Especialista em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Rodrigo Felipe Rossetto

Defensor Público Federal. Especialista em Direito Público pela Universidade Candido Mendes (UCAM) e em Direitos Humanos pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS).

Resumo: Ao cumprir o mandado constitucional expresso de repressão às condutas desonestas praticadas por agentes públicos contra a Administração Pública, a Lei n. 8.429/1992 definiu as condutas configuradoras de atos de improbidade administrativa, estabeleceu as sanções cabíveis e dispôs sobre algumas regras procedimentais voltadas à persecução processual e extraprocessual de tais ilícitos. Em sede pretoriana, outrossim, construiu-se uma – até então – firme interpretação desse diploma, buscando – na maioria das vezes – promover a máxima efetividade do sistema jurídico de proteção da probidade administrativa. Contudo, grande parte dos avanços legais e jurisprudenciais conquistados ao longo do tempo de vida prática da Lei de Improbidade foi derrubada com o advento da Lei n. 14.230/2021, que, com o anunciado propósito de aperfeiçoar o sistema até então vigente, alterou a Lei n. 8.429/1992, tornando-a, na contramão do progresso esperado na matéria, quase inócua para o propósito ao qual se destina. Nesse diapasão, o presente artigo fará uma rápida análise da natureza constitucional da tutela da probidade para, a seguir, apontar algumas das principais alterações realizadas pelo novo diploma que impuseram, ao fim e ao cabo, inaceitável retrocesso inconstitucional ao sistema de proteção da moralidade administrativa.

Palavras-chave: direito administrativo; improbidade administrativa; proteção insuficiente; inconstitucionalidade.

Sumário: 1 A base constitucional da tutela da probidade administrativa e o direito fundamental à proteção suficiente. 2 A inconstitucionalidade da exigência de “dolo específico” e da exclusão da responsabilização por culpa. 3 A inconstitucionalidade da exigência de “perda patrimonial efetiva e comprovada”. 4 A inconstitucionalidade da restrição do rol de condutas de improbidade administrativa que violem os princípios administrativos. 5 A inconstitucionalidade da proibição de contratar restrita ao âmbito do ente lesado. 6 A inconstitucionalidade da restrição do cabimento da cautelar de indisponibilidade exclusivamente para o ressarcimento do dano causado ao erário. 7 A inconstitucionalidade da alteração da ordem preferencial da penhora. 8 A inconstitucionalidade da exclusão dos entes lesados do rol de legitimados para a propositura da ação cabível. 9 Cabimento do agravo de instrumento contra a decisão que rejeitar preliminares suscitadas pelo réu. 10 Regra da tipicidade única (art. 17, §§ 10-C, 10-D e 10-F). 11 Eliminação da solidariedade da obrigação de reparar os danos (art. 17-C, § 2º). 12 Conclusão.

1 A base constitucional da tutela da probidade administrativa e o direito fundamental à proteção suficiente

O constituinte originário assentou, no art. 37 da Constituição Federal, como não poderia deixar de ser em uma República, a exigência de se proteger o patrimônio público contra condutas praticadas por agentes que, investidos em parcela de poder decorrente de função pública, deixem de observar os deveres que emanam dos princípios fundamentais do Direito Administrativo. Tais princípios foram elencados no *caput* do referido dispositivo, cabendo aqui destacar os princípios da *legalidade*, da *impeccabilidade* e da *moralidade*. A propósito ponderam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 98):

Especificamente em relação aos princípios regentes da atividade estatal, é importante lembrar que estão eles inseridos, em profusão, no texto constitucional. Este fato, longe de representar mera constatação da força legitimante da Constituição, por ocupar ela o ápice da pirâmide normativa, torna cogente que aos princípios sejam conferidas a imperatividade e a normatividade inerentes a todo e qualquer comando contido na norma fundamental.

Da natureza cogente desses princípios constitucionais emana o dever imposto a todo agente público de atuar em estrita conformidade com

os mandamentos da lei e as exigências do bem comum, de forma honesta e subserviente aos preceitos éticos mínimos institucionais e buscando sempre a plena realização do interesse público, sem favoritismos ou perseguições pessoais (MEIRELLES, 2007, p. 89-93).

Esse rol fundamental de princípios que conforma a tutela constitucional da probidade na Administração Pública faz parte do patrimônio público em seu aspecto moral, direito fundamental e difuso ao governo honesto (PLATES, 2011) ou “direito fundamental à probidade administrativa” (SANTOS, 2012) pertencente a toda a coletividade, que impõe ao Estado e aos seus agentes, em homenagem aos princípios democrático e republicano, não apenas o dever de respeito, mas também o dever de promover a tutela adequada e suficiente. Nesse sentido, cumpre citar o ensinamento da subprocuradora-geral da República Mônica Nicida Garcia (2006), *in verbis*:

Numa acepção mais ampla, porém, patrimônio público é o conjunto de bens e direitos que pertence a todos e não a um determinado indivíduo ou entidade. De acordo com essa visão, o patrimônio público é um direito difuso, um direito transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas pelo fato de serem cidadãos, serem o povo, para o qual o Estado e a Administração existem. Nesse sentido, o patrimônio público não tem um titular individualizado ou individualizável – seja ele ente da administração ou ente privado –, sendo, antes, de todos, de toda a sociedade.

[...]

O patrimônio moral é composto pelos princípios éticos que regem a atividade pública, sintetizados no princípio da moralidade, consagrado no artigo 37 da Constituição. A atuação segundo o princípio da moralidade, por parte de todos os agentes públicos, garante a observância de um padrão de atuação dentro da moral, da boa-fé, da lealdade e da honestidade, essencial ao bom e correto funcionamento da administração pública.

Sendo o patrimônio público pertencente a todos – a todo o povo – a todos cabe por ele zelar, preservando-o e defendendo-o.

[...]

O patrimônio público, portanto, a todos pertence, e por todos – sociedade, entes da Administração Pública e Ministério Público – deve ser

preservado, protegido e defendido, na medida em que só assim haverá condições materiais para que se construa uma sociedade livre, justa e solidária, para que se garanta o desenvolvimento nacional, para que se erradiquem a pobreza e a marginalização, para que se reduzam as desigualdades sociais e regionais, e para que seja promovido o bem de todos, como manda a Constituição da República (art. 3º).

O procurador da República José Rubens Plates (2011) destaca, inclusive com base em precedente do Supremo Tribunal Federal (STF), a natureza fundamental do direito em exame (grifo nosso):

O direito ao governo honesto, por visar, também, à tutela da liberdade e da dignidade humana, pode ser catalogado como direito fundamental, a atrair todo o seu regime privilegiado de proteção (cláusula pétrea, dimensão objetiva, eficácia irradiante, proibição da proteção deficiente etc.).

[...]

Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos que condicionam o exercício legítimo da atividade pública. *O direito ao governo honesto – nunca é demasiado reconhecê-lo – traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania.* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 27141 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 22.2.2008. **DJe** 27 fev. 2008).

Tais princípios compõem o conteúdo mínimo da proteção constitucional da probidade administrativa e devem ser considerados na sua definição. Nesse sentido são as lições de Pedro Decomain (2007, p. 110):

Se a Constituição utiliza o termo “ato de improbidade administrativa”, transformando a improbidade em conceito constitucional, importante que se tente delimitá-lo.

[...]

O conceito de improbidade, todavia, pode ter alcance mais amplo, abrangendo não apenas atos atentatórios ao princípio constitucional da moralidade administrativa, como *também outros atos que, embora eventualmente não se os reconheça violadores de tal princípio, não obstante agredem outros dentre os norteadores da Administração*

Pública, também relacionados pelo art. 37, caput, da Constituição Federal. Ademais, a improbidade pode surgir mesmo em situações nas quais não se verifique prejuízo patrimonial para a Administração.

O elenco dos princípios pelos quais se deve reger toda ação administrativa, constante do mencionado artigo da Constituição Federal, compreende efetivamente não só o da moralidade, como também os da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da eficiência.

[...]

Em tese, pois, violações a qualquer dos princípios balizadores da atuação dos agentes do Estado são assimiláveis ao conceito de improbidade administrativa. (Grifo nosso).

Importante mencionar que não é a mera violação a qualquer um dos princípios elencados, inclusive ao da legalidade, que poderia atribuir ao ato a pecha de ímprobo, pois cediço que a conduta deve ser impulsionada pelo propósito desonesto, desleal, ínsito ao princípio da moralidade. Assim seguem novamente as lições de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 110):

Não obstante o extenso rol de princípios, expressos ou implícitos, que norteiam a atividade do agente público, entendemos que merecem maior realce os princípios da legalidade e da moralidade. Aquele condensa os comandos normativos que traçam as diretrizes da atuação estatal; este aglutina as características do bom administrador, do agente probó, cuja atividade encontra-se sempre direcionada à consecução do interesse comum. Da conjunção dos dois extrai-se o alicerce quase que integral do princípio da probidade, o qual deflui da observância das regras e princípios próprios do sistema. (Grifo nosso).

Em consequência desse panorama, aliás, é que se convencionou denominar a improbidade como uma ilegalidade qualificada pelo elemento subjetivo do agente caracterizado pelo agir desonesto, “[...] denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida”.^[2]

O constituinte, ainda, não tratou apenas de traçar o conteúdo mínimo da tutela da probidade administrativa, pois, ao redigir o art. 37, § 4º, da Constituição, impôs ao legislador a obrigação de sancionar os atos de improbidade administrativa com a suspensão dos direitos políticos,

a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, a despeito da restrita margem de discricionariedade deixada para o legislador estabelecer – apenas e tão somente – a graduação das sanções cabíveis (art. 37, § 4º, CRFB). Não houve, forçoso reconhecer, discricionariedade acerca da natureza das sanções.

Presentes, portanto, o direito fundamental à probidade administrativa e o dever expresso de punição de condutas violadoras desse conteúdo ético mínimo exigível de todo e qualquer agente público.

Desse modo, não apenas seria inconstitucional a ausência de previsão no plano infraconstitucional dos instrumentos adequados e efetivos para promover o sancionamento dos atos de improbidade, como também o é o enfraquecimento, ainda que por meio legislativo, dos instrumentos já concebidos para a satisfação desse mister constitucional.

O princípio da vedação da proteção insuficiente é reconhecido e tem ampla aplicação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como expressão do princípio da proporcionalidade em sua vertente positiva, ou seja, que impõe um dever de proteção ótima do direito. Nesse sentido (grifos nossos):

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). *Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também*

podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Überrmassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot), deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2. Turma]. HC 104410 RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 6.3.2012. Data de Publicação: Acórdão Eletrônico **DJe** 062, divulg. 26 mar. 2012, public. 27 mar. 2012).

Para além da vedação da proteção insuficiente, importa trazer a lume o princípio da vedação do retrocesso ou eficácia vedativa do retrocesso dos direitos fundamentais, o qual, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2009, p. 380),

[...] pressupõe que esses princípios [constitucionais] sejam concretizados através de normas infraconstitucionais [...] e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, esse princípio impede o legislador de retroceder no grau de concretização dos direitos fundamentais já atingido pela progressiva proteção legislativa.

Tal princípio vem sendo reiteradamente aplicado pelo STF, embora com mais frequência em relação ao direito fundamental ao meio ambiente:^[3]

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012. CONVERSÃO NA LEI N. 12.678/2012. INÉPCIA DA INICIAL E PREJUÍZO DA AÇÃO QUANTO AOS ARTS. 6º E 11 DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012 E AO ART. 20 DA LEI N. 12.678/2012. POSSIBILIDADE DE EXAME DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PARA O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA NORMATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. ALTERAÇÃO DA ÁREA DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL. AÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, JULGADA PROCEDENTE, SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE. 1. Este Supremo Tribunal manifestou-se pela possibilidade e análise dos requisitos constitucionais para a edição de medida provisória após a sua conversão em lei. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal admite, em caráter excepcional, a declaração de inconstitucionalidade de medida provisória quando se comprove abuso da competência normativa do Chefe do Executivo, pela ausência dos requisitos constitucionais de relevância e urgência. Na espécie, na exposição de motivos da medida provisória não se demonstrou, de forma suficiente, os requisitos constitucionais de urgência do caso. 3. As medidas provisórias não podem veicular norma que altere espaços territoriais especialmente protegidos, sob pena de ofensa ao art. 225, inc. III, da Constituição da República. 4. As alterações promovidas pela Lei n. 12.678/2012 importaram diminuição da proteção dos ecossistemas abrangidos pelas unidades de conservação por ela atingidas, acarretando ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental, pois atingiram o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição da República. 5. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada procedente, sem pronúncia de nulidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Tribunal Pleno]. ADI 4717, Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 5.4.2018. Processo Eletrônico **DJe** 031, divulg. 14 fev. 2019, public. 15 fev. 2019).

Comentando essa decisão com enfoque sobre ambos os princípios consignados, ponderam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2019):

Ainda nessa quadra preliminar, sabe-se que por força dos seus deveres de proteção (e não apenas em matéria ambiental!) as ações (e omissões) dos atores estatais aqui, na perspectiva do controle judicial, do Estado-Legislador e do Estado-Administrador, devem situar-se, no

âmbito do que se convencionou designar de uma dupla face (ou dupla dimensão) do princípio da proporcionalidade, entre a proibição de excesso de intervenção, por um lado, e a proibição de insuficiência de proteção, por outro.

Posto de outra forma, se, por um lado, o ente estatal não pode atuar de modo excessivo, intervindo na esfera de proteção de direitos fundamentais a ponto de desatender aos critérios da proporcionalidade ou mesmo a ponto de violar o núcleo essencial do direito fundamental em questão, também é certo que o Estado, por força dos deveres de proteção aos quais está vinculado, não pode omitir-se ou atuar de forma insuficiente na promoção e proteção de tal direito, sob pena de incorrer em violação à ordem jurídico-constitucional.

A decisão do STF, ao aplicar o princípio da proibição de retrocesso em matéria ambiental utilizou como parâmetro o critério da violação ao núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente. Da mesma forma, a Corte deixou claro não se tratar de princípio absoluto com o propósito de “engessar” a ação legislativa e administrativa, reconhecendo-se, assim, a existência de margem de discricionariedade das autoridades públicas em matéria ambiental. No entanto, a margem de discricionariedade está fortemente amarrada tanto a aspectos “formais” (como disposto no art. 225, § 1º, III) quanto “materiais” (como o núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente) ditados pela própria CF/1988 e que limitam a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na seara ecológica. É importante pontuar sobre o tema que a abrangência dada ao princípio da proibição de retrocesso pelo STF não se limita à sua tradicional vertente social, como alguns poderiam pressupor na leitura apenas da ementa do julgado. Da mesma forma, a compreensão do referido princípio pela nossa Corte Constitucional também implica o reconhecimento do correlato dever de progressividade em matéria ambiental. A decisão do STF, assim, coloca-se em perfeito alinhamento com a recente consagração tanto do princípio da vedação de retrocesso quanto do dever de progressividade em matéria ambiental consagrados expressamente no artigo 3, c, do Acordo de Escazú (2018), revelando, por assim dizer, o necessário “diálogo de fontes normativas” na temática ecológica.

[...]

O princípio da proibição de retrocesso ecológico e dever (do Estado e dos particulares) de melhoria progressiva da qualidade ambiental também se revela com o objetivo, por uma questão de justiça entre

gerações humanas ou intergeracional, de estabelecer e encarregar (moral e juridicamente) à geração presente a responsabilidade de deixar, como legado às gerações futuras, pelo menos condições ambientais idênticas (*status quo ante*) àquelas recebidas das gerações passadas, estando a geração vivente, portanto, vedada a alterar em termos negativos (“para pior”) as condições ecológicas.

Importa, ainda, consignar que o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (a Convenção de Mérida), promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006, comprometendo-se a “a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção”; e a “c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos” (artigo 1º; grifos nossos).

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), por sua vez, o Brasil está obrigado a “[...] promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção [...]”; e a “[...] assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício [...]”, nos termos do artigo II da Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto n. 4.410/2002.

Em suma, atingido um nível ótimo de proteção do direito fundamental em cumprimento ao mandado constitucional, não é possível ao legislador promover modificações legislativas que rebaixem o nível de proteção já conquistado, sob pena de se caracterizar a inconstitucionalidade material da norma, como também, presente a inconveniência da medida legislativa, dar azo à responsabilização do País perante a ordem internacional. Não obstante, o indesejado retrocesso ocorreu com o advento da Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021.

As alterações promovidas na Lei n. 8.429/1992 pela mencionada lei importaram, como um todo, um retrocesso inaceitável ao sistema pátrio de proteção da moralidade administrativa e de combate à corrupção, tornando insuficiente (senão inexistente em diversos aspectos) a possibilidade de repressão a atos desse jaez e, portanto, inconstitucionais e inconvenientes algumas das principais alterações realizadas no texto legal.

2 A inconstitucionalidade da exigência de “dolo específico” e da exclusão da responsabilização por culpa

O elemento do dolo específico na configuração de ato de improbidade administrativa, em contrariedade ao posicionamento pacificado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), dificulta e até pode inviabilizar a prova do elemento subjetivo na improbidade, em clara violação ao art. 37, § 4º, da CF, bem como ao princípio da proporcionalidade, em sua vertente positiva, da proteção suficiente.

Segundo essa nova regra, para ser viável a ação de improbidade administrativa, exige-se do autor da ação um esforço hercúleo ou desproporcional no sentido de provar, e já no início da demanda, que o agente público de fato queria o resultado.

Ocorre que o administrador deve agir de acordo com a lei, observando fielmente princípios que norteiam a Administração Pública presentes em toda a Carta Magna, mormente no seu art. 37. Aqui cabe lembrar a máxima de que ao particular é dado fazer tudo que não está vedado em lei, enquanto ao administrador e ao agente público é devido agir de acordo com a lei (leia-se: conforme todas as normas que regem a Administração).

O máximo de liberdade outorgada ao administrador reside na avaliação do juízo de conveniência e oportunidade para a prática de certos atos, no exercício do denominado “poder discricionário”, ainda assim nos estreitos limites definidos pelas regras e princípios aplicáveis à espécie e sempre buscando o atendimento aos interesses da coletividade (CARVALHO FILHO, 2017, p. 53). Hely Lopes Meirelles (2007, p. 122), a propósito, consigna que “mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações, impostas pelos princípios gerais do Direito e pelas regras da boa administração, que, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa”.

Na mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 382) pondera, *in verbis*:

[...] a discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto,

segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

Dessa forma, a jurisprudência tem caminhado há muitos anos no sentido de que a discricionariedade do administrador público é sempre uma discricionariedade vinculada aos princípios que regem a Administração Pública.

Como então exigir que para a responsabilização desse administrador seja necessário provar que ele queria o resultado? Exemplificando, em um caso simples de improbidade em licitação de obra pública em que houve a queda de uma ponte, será preciso provar que o agente público queria o resultado, ou bastará provar que ele não agiu de acordo com as normas que regem a Administração Pública e que teve o elemento subjetivo configurado conforme já estava pacificado na jurisprudência?

A previsão ofende o princípio da proporcionalidade, na medida em que o sistema de improbidade administrativa, previsto no art. 37, § 4º, da Constituição, não pode criar limitações excessivas na tipificação do comportamento subjetivo que impliquem uma intolerável inefetividade da tutela jurídica que o dispositivo quer resguardar.

Ademais, os tribunais superiores já haviam assentado que para a responsabilização por improbidade administrativa bastava a demonstração do dolo genérico ou da culpa grave (esta, no caso do art. 10), a ponto de o conflito entre esse entendimento e as disposições da nova lei ter sido destacado entre os fundamentos para o reconhecimento da repercussão geral no Agravo em Recurso Extraordinário n. 843.989 – de relatoria do ministro Alexandre de Moraes –, no qual se espera o afastamento definitivo do retrocesso imposto pela alteração legislativa.

3 A inconstitucionalidade da exigência de “perda patrimonial efetiva e comprovada”

Essa alteração consta do art. 10, *caput* e inciso VII, do texto alterado. Reiterando todos os fundamentos já explicitados quanto à tutela da probidade administrativa e da vedação de retrocesso, cabe repetir que o intuito do constituinte sempre foi o de sancionar o ato de improbidade violador dos princípios da Administração Pública motivado pelo propósito desonesto, independentemente de qualquer prejuízo patrimonial

causado. Interpretação diversa demonstra evidente afronta ao art. 37, § 4º, da CF e à proteção suficiente, nos termos já descritos.

A propósito, é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que há situações em que o dano causado será presumido e, portanto, não passível de demonstração concreta:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE. INDEVIDA DISPENSA DE LICITAÇÃO. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA DA EMPRESA CONTRATADA. PROVA DO PREJUÍZO. DANO IN RE IPSA. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, INACUMULATIVIDADE DE PENAS E IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO INTEGRAL DO QUE FOI RECEBIDO CARENTES DE PREQUESTIONAMENTO. DISCUSSÃO DOS TEMAS NO VOTO VENCIDO. SÚMULA 320/STJ. 1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública de improbidade para pleitear, também, o ressarcimento do erário. Súmula 329/STJ e Precedentes. 2. Evidenciado no acórdão recorrido, à luz das circunstâncias fático-processuais descritas pelo Tribunal de origem, a culpa por parte da empresa contratada sem licitação, cabe a condenação com base no art. 10 da Lei n. 8.429/1992 e a aplicação das penalidades previstas no art. 12, II, do mesmo diploma. Precedentes. 3. *A indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano in re ipsa, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema.* Precedentes da Segunda Turma. 4. Carecem de prequestionamento dos temas jurídicos relativos às alegações de necessidade de prévio procedimento administrativo, de inacumulatividade de determinadas penas e de impossibilidade de restituição integral de todos os valores recebidos, incidindo, no caso, a Súmula 320/STJ. 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [2. Turma]. REsp 817921 SP 2006/0026590-0. Relator: Min. Castro Meira. Data de Julgamento: 27.11.2012. Data de Publicação: **DJe** 6 dez. 2012. Grifos nossos).

4 A inconstitucionalidade da restrição do rol de condutas de improbidade administrativa que violem os princípios administrativos

A supressão da expressão “qualquer” poderá levar à interpretação de que o novo dispositivo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa

(LIA), com redação dada pela Lei n. 14.230/2021, contém um rol taxativo. Tal interpretação é inconstitucional, por violação ao princípio da proporcionalidade, proteção insuficiente, e por vedação ao retrocesso, conforme já exposto.

Ainda que se analisem de forma mais restritiva as condutas originalmente previstas nos incisos I, II, IX e X da Lei n. 8.429/1992, revogados pela Lei n. 14.230/2021, não deixaram de ser condutas ímprobas tipificadas em lei, no âmbito do sistema de responsabilidade de improbidade administrativa, considerando que, para as referidas hipóteses, está presente a continuidade normativa típica, encontrando-se todas passíveis de enquadramento como violação dos “deveres de honestidade, legalidade e imparcialidade”, em abuso de função pública, conforme o art. 11, *caput* e § 1º, da LIA, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021.

De qualquer forma, a redução do rol de condutas importa evidente retrocesso inconstitucional, mormente porque, como exposto na fundamentação, o intuito do constituinte sempre foi o de sancionar o ato de improbidade violador dos princípios da Administração Pública motivado pelo propósito desonesto, independentemente de qualquer prejuízo patrimonial causado.

5 A inconstitucionalidade da proibição de contratar restrita ao âmbito do ente lesado

O art. 12, § 4º, restringiu de forma descabida a proibição de contratar exclusivamente com o ente lesado. A previsão é inconstitucional, pois o que objetiva o instituto é a reparação de violações graves ao bem jurídico tutelado (honestidade, legalidade e imparcialidade), conforme o art. 37, § 4º, da CF, e as normas da LIA possuem a função de prevenção, tutela e sanção de comportamentos graves ofensivos à probidade.

A ofensa a esses bens, justamente pelo caráter imaterial, jamais ficará restrita à divisão espacial e organizacional do Estado. Com efeito, a Administração Pública abrange todos os entes (art. 41 do Código Civil), devendo a sanção ser aplicada de forma geral, como previa a redação original da lei.

6 A inconstitucionalidade da restrição do cabimento da cautelar de indisponibilidade exclusivamente para ressarcimento do dano causado ao erário

Ao vedar a inclusão do valor da multa civil ou acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita (art. 16, § 10), a lei padece de evidente inconstitucionalidade, por violação do devido processo legal e do art. 37, § 4º, da CF, mormente porque é a própria Constituição Federal que impõe a indisponibilidade de bens para a garantia da plena efetivação das medidas perseguidas pelo processo. A previsão, ao contrário, privilegia a prática fraudulenta, protegendo o patrimônio do agente ímprobo em detrimento do interesse público.

A natureza da multa civil possui caráter sancionatório e pedagógico, em razão do dano moral sofrido pela Administração Pública com a prática dos atos ilícitos ímprobos praticados, tanto que sua dosimetria ocorre nos limites do art. 12 da Lei 8.429/1992, sendo aplicável a cada réu individualmente e na medida das suas culpabilidades. Assim, a medida cautelar deve abranger todo o patrimônio necessário para garantir o pagamento da multa civil a ser cominada, assim como de valores havidos por enriquecimento ilícito.

7 A inconstitucionalidade da alteração da ordem preferencial para penhora

Com base nos mesmos fundamentos explicitados inicialmente, fica evidenciada a inconstitucionalidade, ainda, do rol preferencial indicado pela Lei n. 14.230/2021, pois afronta diretamente o princípio da razoabilidade e proporcionalidade (este último, na esfera da vedação à proteção insuficiente), notadamente ao tratar o bloqueio de contas bancárias como última hipótese admissível. Além disso, a ordem estabelecida também contraria aquela estabelecida pelo Código de Processo Civil (art. 835) – que, diga-se, foi o rito elegido pelo legislador para amparar o novo *modus operandi* da ação de improbidade administrativa.

8 A inconstitucionalidade da exclusão dos entes lesados do rol de legitimados para a propositura da ação cabível

A inconstitucionalidade deste tópico se verifica pelo estímulo à proteção ineficiente, contrariamente ao princípio da proporcionalidade. O ente lesado, justamente por ter sofrido qualquer dos atos ímprobos elencados em lei, é o que possui maior interesse, e, muitas vezes, melhores condições, na condução da demanda, além de deter conhecimento mais aprofundado do liame fático e subjetivo que gerou o prejuízo de que se pretende a reparação. Inviável, portanto, a concentração da titularidade no âmbito do Ministério Público, pela impossibilidade de este órgão fazer frente aos interesses das demais entidades com semelhante rigor fático e probatório, em evidente descompasso com a vedação da proteção insuficiente, já comentada.

Além disso, é de se pensar que a legitimidade *ad causam*, como requisito para a apreciação do mérito da ação, deve ser examinada *in statu assertionis*, isto é, no momento da propositura da demanda. Assim, as ações em curso estão regulares, e, caso afastada a inconstitucionalidade ora apontada, no máximo, deverá ser admitida, nos termos do art. 3º da Lei n. 14.230/2021, uma legitimidade concorrente do Ministério Público.

Ao que parece, essa última é a tese que vem se firmando no Supremo Tribunal Federal. Em decisão monocrática proferida *ad referendum* do plenário nos autos da ADI 7043, o ministro Alexandre de Moraes, relator, atribuiu interpretação conforme a Constituição ao *caput* e aos §§ 6º-A, 10-C e 14 do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021, para reconhecer a legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa. A decisão ainda não foi apreciada pelo plenário; contudo, até que isso ocorra, estão suspensos os efeitos do art. 3º da Lei n. 14.230/2021.

9 Cabimento do agravo de instrumento contra a decisão que rejeitar preliminares suscitadas pelo réu

Com base nos mesmos fundamentos citados no item 1 deste artigo, sustenta-se a inconstitucionalidade do novo § 9º-A do art. 17 da LIA,

inserido pela Lei n. 14.230/2021, também por violar o princípio do devido processo legal substantivo. Inexiste justificativa razoável para a disciplina diferenciada do agravo de instrumento prevista no Código de Processo Civil, tendo em vista a decisão interlocutória contemplada na nova lei.

10 Regra da tipicidade única (art. 17, §§ 10-C, 10-D e 10-F)

Juntamente com a questão do dolo específico, parece-nos ser esta uma das alterações mais prejudiciais trazidas pela nova lei. De acordo com a nova regra, o autor da ação de improbidade deverá vincular cada fato, obrigatoriamente, a um tipo previsto nos arts. 9º, 10 e 11 da lei; assim, também o juízo, no saneamento do feito, deverá indicar com precisão a tipificação do ato de improbidade.

Do exame atento da lei, percebe-se que as regras impostas nos parágrafos citados, que preveem a chamada tipicidade única, são inconstitucionais. Violam toda a normativa de proteção da probidade administrativa bem como representam ofensa ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88), além da desobediência à independência funcional do Poder Judiciário (art. 2º, CF/88), na medida em que não cabe ao legislador interferir no livre exercício de convencimento do juízo, especialmente em sede de cognição exauriente, como pretendido pelo novel normativo.

Ressalte-se ainda que, mesmo no Direito Penal, cabem os institutos da *mutatio* e da *emendatio libelli*, conforme os quais é possível, mesmo no curso do processo, mudar a capitulação jurídica do ilícito, assegurada a ampla defesa. Tais institutos são legítimos e válidos, porquanto seguem a máxima de que o acusado se defende dos fatos e não da tipicidade imposta.

11 Eliminação da solidariedade da obrigação de reparar os danos (art. 17-C, § 2º)

A vedação da solidariedade, previamente, em lei, se traduz em afronta à razoabilidade e à proporcionalidade, especialmente sob a ótica da moralidade administrativa e da isonomia, axiomas elevados a nível

constitucional (art. 37, § 4º, e art. 5º, *caput*), ao obstar, sem um fundamento legítimo e sem alternativa adequada, a reparação integral dos danos causados em concurso de agentes ou em benefício de terceiros.

12 Conclusão

O presente estudo decorreu de debates e trabalhos em gabinete, dos quais se instaurou nos autores deste artigo a perplexidade diante da gravidade do retrocesso trazido pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, sem que houvesse qualquer tempo de *vacatio legis*. Assim, inúmeros operadores do Direito têm tido de se debater com grandes questões postas, sem que tenha havido tempo de debate ou absorção desses temas.

Parece-nos evidente, nos termos expostos, que a Lei de Improbidade n. 8.429, de 2 de junho de 1992, representou grande avanço na garantia dos princípios da Administração Pública, dando concretude ao previsto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Conforme largamente exposto no item primeiro, é possível extrair do texto constitucional o direito fundamental ao governo honesto ou direito fundamental à probidade administrativa; e a Lei n. 14.230/2021, ao trazer alterações que mitigam de forma extrema a tutela da probidade, ou mesmo a inviabilizam muitas vezes, em diversos pontos, expostos nos demais itens deste artigo, representou verdadeiro retrocesso inconstitucional, por proteção insuficiente.

Sinaliza-se que o tema é por demais recente, mas já há sinais de que o Supremo Tribunal Federal poderá dar respostas efetivas às inconstitucionalidades trazidas pela Lei n. 14.230/2021. Nesse aspecto, cabe destaque às decisões já proferidas no STF, conforme a seguir.

- ADIs 7042 e 7043: liminar deferida pelo ministro Alexandre de Moraes para definir que, além do Ministério Público, as pessoas jurídicas interessadas têm legitimidade para propor ação por ato de improbidade administrativa.
- ARE 843.989: afetado como tema representativo de repercussão geral (1.199), a fim de dirimir a controvérsia sobre a (ir)retroatividade das alterações promovidas pela Lei n. 14.230/2021, em especial, 1) a necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no

art. 10 da LIA; e 2) a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

Finalmente, enquanto membro e servidor do Ministério Público Federal, acreditamos que as alterações representaram grave retrocesso à tutela da probidade administrativa e que o reconhecimento das inconstitucionalidades deve ser postulado perante o Poder Judiciário, inclusive com o cuidado de que haja o devido questionamento, nos termos da Súmula n. 282^[4] do Supremo Tribunal Federal, para que sejam examinados de forma explícita os arts. 3º, 5º, *caput* e inciso LIV, e 37, *caput* e § 4º, da Constituição Federal.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Mônica Nicida. Patrimônio público. In: ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. **Dicionário de direitos humanos**. Brasília: ESMPU, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

PLATES, José Rubens. Direito fundamental ao governo honesto. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 10, n. 36, p. 79-100, edição especial 2011. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-36-edicao-especial-2011/direito-fundamental-ao-governo-honesto>. Acesso em: 17 mar. 2022.

SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html. Acesso em: 17 mar. 2022.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. O Supremo Tribunal Federal e a proibição do retrocesso ecológico. **Revista Consultor Jurídico**, [s. l.], 28 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-28/direitos-fundamentais-supremo-tribunal-federal-proibicao-retrocesso-ecologico>. Acesso em: 17 mar. 2022.

Notas

- [1] Considerando a data em que foi produzido, o presente artigo desconsidera as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em torno da Nova Lei de Improbidade Administrativa. Por um dever de informação e de lealdade com o leitor, sugere-se que a leitura deste texto seja cotejada com as teses fixadas pela Suprema Corte no Tema 1.199 de Repercussão Geral.
- [2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.177.910-SE. Relator: Min. Herman Benjamin, julgado em 26.8.2015, **DJe** 17 fev. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=015768>. Acesso em: 22 set. 2022.
- [3] *Ubi eadem ratio ibi idem jus*: o mesmo fundamento (ambos são direitos fundamentais), a mesma solução jurídica.
- [4] “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

A natureza privada do patrimônio dos bens da Terracap e a possibilidade de usucapião

Ludimila Tavares de Castro Brandão

Analista Processual no MPDFT. Pós-graduada em Direito Público. Bacharel em Direito.

Resumo: O presente artigo tem como escopo demonstrar a natureza particular dos bens da Terracap, bem como a possibilidade de usucapião e proteção possessória do seu acervo imobiliário, principalmente nos casos que envolvem situações já consolidadas no tempo, com a convivência do Poder Público. Objetiva-se discutir a mitigação da função social dos bens da Terracap, na medida em que esta escolhe os imóveis que irá comercializar, atendendo as conveniências mercadológicas, ao mesmo tempo que retém, sem qualquer utilidade social, a maior parte de seu patrimônio imobiliário. Pretende-se ainda apontar as consequências advindas do protecionismo estatal em torno da natureza pública dos bens da Terracap, entre as quais o aumento de ações reivindicatórias e demolitórias no Poder Judiciário local. Almeja-se também demonstrar que há posse por qualquer um que assuma o poder fático sobre a coisa, independentemente de qualquer relação jurídica real ou obrigacional, razão pela qual se refuta a consolidada tese no sentido de que há mera detenção por quem ocupa e passa a residir em imóvel urbano da Terracap. E, por fim, discute-se o reconhecimento do direito fundamental à moradia e sua harmonização com o direito de propriedade. Na persecução do melhor resultado para este estudo, foi utilizada a pesquisa jurisprudencial e doutrinária como metodologia de pesquisa, a fim de cumprir os objetivos apontados. E, como resultado, foi possível concluir que tanto o administrador público quanto o aplicador do direito devem buscar soluções eficazes para os conflitos fundiários urbanos no Distrito Federal, o que impõe o reconhecimento da natureza privada dos bens da Terracap e a possibilidade de seu patrimônio ser suscetível de usucapião, notadamente nos casos em que a empresa não cumprir a função social esperada pelo legislador e por toda a sociedade.

Palavras-chave: natureza privada dos bens da Terracap; função social da propriedade; usucapião; direito à moradia; tolerância pelo Poder Público.

Sumário: 1 Introdução. 2 Da natureza privada dos bens da Terracap. 3 O abandono da função social da propriedade por parte da Terracap. 4 Da possibilidade de usucapião em bens da Terracap. 5 Dos efeitos da tolerância pelo Poder Público e do direito fundamental à moradia. 6 Conclusão.

1 Introdução

As irregularidades fundiárias e urbanísticas no Distrito Federal são graves e surgiram desde os primórdios da transferência da capital do País.

Inicialmente, em 1956, por meio da Lei n. 2.874/2006, foi criada a Companhia de Urbanização da Nova Capital do Brasil (Novacap), com o fim precípuo de desapropriar as terras que se localizavam na área determinada para ser o Distrito Federal. Contudo, desde o início da construção da Capital Federal, deparou-se com situação extremamente complicada e embaraçada: a presença de "terras devolutas, registros imobiliários incompletos e inacessíveis e até mesmo a total ausência de documentação" (CARMONA, 2015, p. 379).

Posteriormente, com a finalidade de controlar de forma mais eficiente a cidade, foi instituída, pela Lei n. 5.861/1972, a Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap), "empresa pública controlada pelo Distrito Federal, que detém 51% do seu capital, sendo da União os restantes 49%" (CARMONA, 2015, p. 379).

Ocorre que, a partir de 1970, com o crescimento gradativo e acelerado do Distrito Federal, em descompasso com a lentidão do governo em delimitar possíveis áreas para a provisão habitacional,

um novo componente passou a figurar no cenário da cidade: os chamados condomínios, constituídos por famílias de classe média, em terras públicas invadidas e em terras particulares loteadas ilegalmente. (CARMONA, 2015, p. 380).

As dificuldades no processo de regularização fundiária e urbanística se acentuaram a partir da década de 1990, persistindo até os dias atuais, e hoje evidenciam-se, sobretudo, os condomínios irregulares formados por pessoas de baixa renda, em lotes cuja propriedade é da Terracap.

Diante desse contexto, são cada vez mais habituais e crescentes no Distrito Federal os loteamentos e ocupações clandestinas, sobretudo

em Áreas de Relevante Interesse Ecológico abrangidas por áreas de proteção ambiental, o que resulta em inúmeras ações reintegratórias e demolitórias ajuizadas pela Terracap.

Não resta a menor dúvida de que a história da política fundiária, habitacional e urbana no Distrito Federal é marcada por diversas ocupações irregulares, consolidadas ao longo de vários anos, o que provoca problemas sociais e ambientais em torno do assunto.

Diante desse breve panorama histórico, surgem algumas questões de grande repercussão social e jurídica em torno das irregularidades fundiárias, principalmente nos casos que envolvem ocupações irregulares em terras de propriedade da Terracap. Entre elas, podem-se elencar as seguintes indagações: os bens da Terracap são públicos ou privados? A função social dos bens imóveis da Terracap é cumprida? Há possibilidade ou não de proteção possessória em bens cuja propriedade é da Terracap? Deve prevalecer o direito fundamental de moradia ou o direito à propriedade nos casos em que há tolerância pela Administração?

Tais questões, ora objeto de questionamento e polêmicas, serão abordadas no presente artigo por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

2 Da natureza privada dos bens da Terracap

A Terracap, empresa pública controlada pelo Distrito Federal, foi criada pela Lei n. 5.861/1972 com o fim de melhor controlar o desenvolvimento da cidade distrital. A referida empresa tem por objeto a execução, mediante remuneração, das atividades imobiliárias de interesse do Distrito Federal, entre as quais estão a utilização, a aquisição, a administração, a disposição, a incorporação, a oneração ou a alienação de bens (CARMONA, 2015, p. 379).

Acerca da natureza jurídica dos bens da Terracap, o Superior Tribunal de Justiça e a esmagadora jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entendem que os bens pertencentes a ela são bens públicos e, por esse motivo, são insuscetíveis de usucapião e mesmo de qualquer proteção possessória, não passando de mera detenção a condição de quem os habite de forma irregular.

Nesse sentido, pode-se citar, entre outros acórdãos, a seguinte ementa de acórdão, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. SÚMULA N.º 168/STJ. INCIDÊNCIA. BENS DA TERRACAP. NATUREZA JURÍDICA. BEM PÚBLICO. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL.

1. Os imóveis administrados pela TERRACAP (Companhia Imobiliária de Brasília) são bens públicos, consoante assentado pela Corte Especial no julgamento do ERESP n.º 695.928/DF, *verbis*: ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMÓVEIS PERTENCENTES À TERRACAP. BENS PÚBLICOS. USUCAPIÃO.

1. Tratam os autos de embargos de divergência apresentados por Maria Lúcia Pereira dos Santos em face de acórdão proferido em sede de recurso especial que exarou entendimento no sentido de que, embora a TERRACAP possua natureza jurídica privada, gere bens públicos pertencentes ao Distrito Federal, impassíveis de usucapião.

Colaciona a embargante julgados oriundos desta Casa em sentido oposto, onde se externa o posicionamento de que os imóveis da TERRACAP integram-se na categoria de bens particulares.

2. Os imóveis administrados pela Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap) são públicos, sendo insuscetíveis de usucapião.

3. Embargos de divergência não-providos. (EREsp 695928/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2006, DJ 18/12/2006 p. 278) 2. "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado" (Súmula 168/STJ).

3. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2011. Grifo nosso).

Em que pese o entendimento jurisprudencial acima reproduzido seja, de fato, consolidado e tido por inquestionável pelos operadores de direito, tal questão merece ser mais bem refletida, máxime porque esse posicionamento assumido pelo Poder Judiciário é incapaz de coibir os problemas fundiários no Distrito Federal e proteger o seu acervo imobiliário.

A jurisprudência, conquanto reconheça a personalidade jurídica de direito privado da Terracap, confere natureza pública aos seus bens e,

em consequência, acarreta crescentes discussões fundiárias no Poder Judiciário local, principalmente nos lotes em que a ocupação é tolerada pela Administração por longos anos.

Malgrado entendimento em sentido contrário, não se pode desprezar que a personalidade jurídica de direito privado das empresas públicas afeta sua natureza e, com a sua formação, essas empresas passam à categoria de bens de natureza privada, constituindo patrimônio que se rege, nas suas relações com terceiros, por normas do direito comum.

No mesmo sentido, Francisco Campos, atacando o bifrontismo dos que preconizam uma natureza mista para as empresas públicas, ensina:

Ora, o próprio Estado, seja pela sua legislação, seja pela sua jurisprudência, considera as sociedades mistas como de direito privado. Não o podem ser, porém, de modo parcial, ou apenas no que toca às vantagens da modalidade jurídica que revestem as empresas de caráter privado. Se tais sociedades pertencem ao quadro de direito privado, não de aceitar as consequências que decorrem desse enquadramento. (CAMPOS, 1962 *apud* NUNES, 1985, p. 430).

Tendo em vista a personalidade jurídica de direito privado da Terracap, o seu patrimônio é próprio e não mais pertence às pessoas que a criaram, sendo certo que estas detêm tão somente quotas de seu capital social.

Dessa forma, os bens móveis e imóveis da Terracap não são bens públicos, ainda que o capital social da empresa seja detido integralmente por entidades estatais, pessoas jurídicas de direito público, mas é absolutamente inequívoco que cada um desses entes, criatura e criadores, têm personalidade e também patrimônio distintos.

Aliás, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios já decidiu nesse sentido:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. PROPRIEDADE. PRINCÍPIOS. Oponibilidade e Presunção dos Registros Pertinentes. Bens Públicos e Particulares. Terracap. Poder Público. Omissão. Benfeitorias. Matéria Nova. Tribunal. Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. Violação.

1. Em se tratando de direito de propriedade, imperativa a existência dos princípios da oponibilidade e da presunção de validade dos registros pertinentes, de modo a autorizar o deferimento do pleito.

2. Os bens de propriedade da Terracap, porque pessoa de direito privado, são considerados bens particulares, ex vi do previsto no artigo 65 do Código Civil.

3. As benfeitorias úteis e necessárias devem ser indenizadas quando a posse derive de transmissões sucessivas e aparentemente lícitas, toleradas por longos anos, caracterizando-se a omissão do poder público.

4. No Tribunal, vedada a análise de matéria não examinada pela instância de origem, sob pena de violação do princípio do duplo grau de jurisdição.

Apelo não provido. Unânime. (BRASIL, 2002. Grifo nosso).

De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça concluiu, no seguinte precedente jurisprudencial, que os imóveis pertencentes à Terracap integram-se na categoria de bens particulares. Confira-se:

ADMINISTRATIVO - FGTS - MOVIMENTAÇÃO - CONSTRUÇÃO EM TERRENO OBTIDO MEDIANTE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO - LEI 8.036/90 - DECRETO-LEI 271/67 - IMOVEIS PERTENCENTES A TERRACAP - BENS DE DIREITO PRIVADO.

I- A concessão de uso prevista no art. 7. do DL 271/67 institui um direito real. Ela não se confunde com o homônimo instituto pelo qual o Estado cede, a título precário a utilização de bem público.

II- O trabalhador tem direito a liberação de sua cota no FGTS, para utilizar o numerário na construção de sua residência em terreno integrante de loteamento executado pelo Estado, obtido por outorga do direito real resultante de concessão de uso (DL 271/67). O art. 20, VII da Lei 8.036/90 assegura tal utilização.

III- Os imóveis pertencentes a Terracap – Companhia Imobiliária de Brasília, longe de serem públicos, integram-se na categoria dos bens particulares, destinados ao comércio. É possível submetê-los, independentemente de autorização legal específica, ao direito real de concessão de uso. (BRASIL, 1997).

Na mesma linha de raciocínio, mesmo o Superior Tribunal de Justiça ao não reconhecer às empresas públicas o direito à isenção fiscal típica das pessoas jurídicas de direito público, afirmou expressamente a autonomia do patrimônio das empresas públicas em relação às pessoas jurídicas de direito público que a criaram:

Na mesma linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, embora não tendo reconhecido às empresas públicas o direito à isenção fiscal típica das pessoas jurídicas de direito público, afirmou expressamente a autonomia do patrimônio das empresas públicas em relação às pessoas jurídicas de direito público que a criaram:

TRIBUTÁRIO. SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL DO CENTRO DE EXPOSIÇÃO E CONVENÇÕES DO ESTADO DE PERNAMBUCO. EMPRESA PÚBLICA SUJEITA AO REGIME JURIDICO DE DIREITO PRIVADO. ISS. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 11 DO DECRETO-LEI N. 406/68.

I - Consoante o disposto no artigo 11 do Decreto-Lei 406/68, a execução de obras de construção civil, fica isenta do ISS, quando contratada com a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Autarquias em Empresas Concessionárias de Serviços Públicos, não integrando a enumeração contida no referido dispositivo nem as sociedades de economia mista, nem as empresas públicas.

II - Sendo a empresa de obras públicas do Estado de Pernambuco (Emope), empresa pública sujeita ao regime jurídico de direito privado cujo patrimônio não se confunde com o do próprio Estado, está fora da relação taxativa do artigo 11 do Decreto-Lei n. 406/68, que concede isenção do ISS.

III - Recurso desprovido, sem discrepância. (BRASIL, 1996. Grifo nosso).

Não se pode ignorar, ademais, que em nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da presunção da propriedade do imóvel pelo registro, o qual também deve nortear a classificação da natureza jurídica dos bens da Terracap. Sob esse aspecto, oportuno trazer à baila trecho da Manifestação Ministerial n. 279/2014, da lavra do procurador de Justiça do MPDFT Vitor Fernandes Gonçalves (DISTRITO FEDERAL, 2014), que bem demonstrou que a Terracap, por ser formalmente inscrita no cartório de registro de imóveis e deter personalidade jurídica de direito privado, ostenta patrimônio particular e não público. Veja-se:

Tanto os patrimônios de criador e criatura são distintos e inconfundíveis que é o nome da Terracap e não o da União Federal ou do Distrito Federal que consta como proprietária dos bens imóveis que foram incorporados ao seu patrimônio quando de sua constituição.

O que nos remete à violação de outro princípio basilar jurídico praticado pela teoria ora sob crítica, que é o de ignorar a vigência em nosso meio

do princípio da presunção da propriedade imóvel pelo registro. Olvida-se que o titular do direito de propriedade, consoante formalmente inscrito no cartório do registro de imóveis competente, é uma pessoa privada, a Terracap, para conseguir visualizar que a propriedade de todo o seu patrimônio imobiliário não é dela, pessoa privada, mas é pública, não obstante já tenham tais bens sido formalmente incorporados há décadas ao patrimônio privado da Terracap. (BRASIL, 2014. Grifo do original).

À luz do exposto, faz-se imperioso e relevante que o Poder Judiciário reveja o entendimento acerca da natureza jurídica conferida à Terracap na aplicação dos seus julgados, especialmente porque a Terracap somente quer os benefícios de sua condição de pessoa jurídica de direito privado, mas não quer suportar os ônus decorrentes de seu papel como protagonista no povoamento territorial organizado do Distrito Federal.

3 O abandono da função social da propriedade por parte da Terracap

De início, registre-se que a função social da propriedade é um princípio jurídico plasmado no ordenamento jurídico brasileiro, isto é,

tem sua matriz juspositiva no texto constitucional, o qual se faz presente desde a Carta de 1934 até a atual, de 1988, quando passou a se afirmar como princípio jurídico constitucional de contornos bem mais determináveis. (MATTOS, 2006, p. 37).

Consoante reza o art. 5º, inc. XXIII, da Constituição Federal, "a propriedade atenderá a sua função social". Corolário dessa regra constitucional fundamental é que a propriedade que não for legitimada pela função social será sancionada pelo sistema, por diversas formas.

No âmbito estritamente privado, a função social da propriedade prevista no texto constitucional foi acolhida no § 1º do art. 1.228 do Código Civil de 2002, que condiciona o exercício da propriedade com suas finalidades econômicas e sociais, de modo que sejam preservados, em conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico-artístico (ROCHA, 2005).

De acordo com o texto constitucional, em seu art. 182, § 2º, "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor".

Ressalta-se que, segundo definições dadas pela doutrina, a propriedade urbana que não exerce a sua função social é aquela que frustra três requisitos alternativos: a) não estar edificada; b) estar subutilizada; e c) não estar sendo utilizada.

Nesse trilhar, surge a seguinte indagação, que merece reflexões no presente artigo: a função social dos bens imóveis da Terracap é cumprida?

Com efeito, ao se realizar uma vaga reflexão sobre o seu papel juspositivo, muito embora seja certa a natureza aberta em torno desse conceito previsto pelo legislador, de fato, a Terracap está longe de realizar a verdadeira função social de todo o seu parque imobiliário. Isso porque a realização da função social vem sendo cumprida como uma premissa secundária, pois na medida em que a Terracap escolhe os imóveis que irá comercializar, atendendo a conveniências mercadológicas, ao mesmo tempo que retém sem qualquer utilidade social a maior parte de seu patrimônio imobiliário, ocasiona-se uma real especulação imobiliária, com a conseqüente valorização de seu patrimônio.

Neste passo, deixar de realizar a função social de seus bens é uma medida compensatória para a Terracap, pois esses bens se valorizam com a especulação e ela deixa de se preocupar em protegê-los, visto que podem ser administrados sem qualquer uso ou cuidado e estarão sempre a salvo de ações possessórias e de usucapião (DISTRITO FEDERAL, 2014).

Nas lições de Nelson Rosendal e Cristiano Chaves, a função social traduz-se

[...] em uma necessidade de atuação promocional por parte do proprietário, pautada no estímulo a obrigações de fazer, consistentes em implementação de medidas hábeis a impulsionar a exploração racional do bem, com a finalidade de satisfazer os seus anseios econômicos sem aviltar as demandas coletivas, promovendo o desenvolvimento econômico e social, de modo a alcançar o valor supremo do ordenamento jurídico: a Justiça. (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 207).

Nesses termos, tem-se que o princípio da função social da propriedade define o novo marco jurídico da propriedade urbana, que se apresenta como resultante dos efeitos do princípio efetivado (MATTOS, 2006).

A partir daí, parece mais que razoável esperar mudanças na interpretação de conceitos ligados à propriedade funcionalizada, seja na prática da gestão administrativa, seja na prática jurisdicional.

Posto isso, espera-se que tanto os operadores de direito como o Poder Judiciário revejam seu entendimento doutrinário e jurisprudencial para afastar a presunção *jure et jure* em torno da natureza jurídica dos bens da Terracap, a fim de que seja aplicado a ela o mesmo regime comum de todas as pessoas privadas, vale dizer, o de impor eventuais sanções caso não se realize a função social de seu acervo imobiliário.

4 Da possibilidade de usucapião em bens da Terracap

É cada vez maior o número de ações reivindicatórias e demolitórias propostas pela Terracap com o fim de reaver o domínio de lotes ocupados irregularmente e sem autorização expressa.

Apesar de haver algumas concessões e deveres próprios das entidades de natureza pública, a regra geral, estabelecida pela Constituição Federal, é a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime próprio das empresas privadas, conforme estabelece o art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, "inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários" (DISTRITO FEDERAL, 2008, p. 13). Por isso, a elas não se aplica o prazo de prescrição quinquenal do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, mas sim os prazos da Lei Civil, comuns aos entes particulares.

Nesse sentido, cumpre destacar o seguinte precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

EMBARGOS INFRINGENTES - DIVERGÊNCIA RESTRITA À OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - DECRETO 20.910/32 - INAPLICABILIDADE ÀS EMPRESAS PÚBLICAS - NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO - AFASTAMENTO DA PREJUDICIAL DE MÉRITO - NECESSIDADE DE RETOMADA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO.

1. *A empresa pública possui natureza jurídica de direito privado, não sendo norteadada pela prescrição quinquenal, mas por aquela comum aos entes particulares, considerando que tal entidade se sujeita ao regime próprio das empresas privadas, por expressa disposição constitucional.*

2. Os embargos infringentes não se prestam a manter determinado posicionamento acerca do tema de fundo posto em juízo quando a seu respeito não tenha se manifestado todo o colegiado, haja vista o reconhecimento, de plano e pela maioria, da ocorrência da prescrição quinquenal.

3. Providos os embargos infringentes tão-somente para afastar a prescrição quinquenal, determinando, em consequência, que o julgamento da apelação seja retomado pela Turma competente. (DISTRITO FEDERAL, 2008, p. 13. Grifo nosso).

Em que pese entendimento divergente sobre o assunto, aplica-se, pois, à Terracap o prazo prescricional regulado pelo Código Civil brasileiro.

Não se pode desprezar, ainda, o fato de que a Lei n. 11.977/2009 prevê a possibilidade de se legitimar a posse de área pública e, decorrido o lapso temporal de cinco anos, reconhecer a prescrição definitiva.

Art. 47. Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se:

[...]

VII – regularização fundiária de interesse social: regularização fundiária de assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, nos casos:

[...]

a) em que a área esteja ocupada, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, 5 (cinco) anos; [...]. (Grifo nosso).

Sendo assim, ao se considerar a natureza privada dos bens da Terracap e diante da tolerância do Distrito Federal no que se refere à edificação de imóveis ocupados irregularmente e sem qualquer autorização expressa, é plenamente possível falar-se na possibilidade do instituto do usucapião de bens da Terracap, principalmente nos casos em que se encontram preenchidos os requisitos previstos no art. 183 da Constituição Federal.

Em outras palavras, se a Terracap não der uso a suas propriedades, estas podem vir a ser usadas e adquiridas por terceiros, que estarão, eles sim, a realizar a função social esperada pelo legislador e por toda a sociedade, razão pela qual podem ser usucapidas.

Ademais, há que se observar que, em face das diretrizes atuais do ordenamento jurídico vigente, compete ao administrador público e ao aplicador do direito o dever de buscar soluções eficazes aos conflitos fundiários urbanos.

A propósito, colaciona-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. EDIFICAÇÃO EM ÁREA PÚBLICA. DEMOLIÇÃO. CONSTRUÇÃO POR LONGO PERÍODO. RELATIVIZAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA.

1. Mostra-se viável a manutenção da posse em área pública quando verifica-se que, a despeito de não haver alvará para construção, trata-se de posse antiga, amparada pela demora desidiosa do Estado, em local onde houve a construção de um largo condomínio.

2. É cabível a relativização do poder de polícia, embora reconhecido amplamente pelo Poder Judiciário, em respaldo à justiça social e à construção de uma sociedade mais justa e solidária, que visa erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais, segundo os objetivos e variados princípios da Carta Magna.

3. Recurso provido. (DISTRITO FEDERAL, 2013, p. 139).

Isto posto, é intolerável admitir decisões do Judiciário que ignoram a natureza privada dos bens da Terracap, bem como a posse ininterrupta e sem oposição exercida por terceiros, mesmo que por longo período de tempo, reportando-se a um blindado entendimento de que seus bens sejam públicos e, portanto, insuscetíveis de usucapião.

5 Dos efeitos da tolerância pelo Poder Público e do direito fundamental à moradia

A maioria dos casos levados à apreciação pelo Judiciário envolvem situações já consolidadas no tempo, com a convivência do Poder

Público, cujas áreas irregulares foram destinadas para a moradia e utilizadas como meio de sustento dos ocupantes, hipóteses que envolvem o direito fundamental à moradia, corolário dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988) e da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF/1988).

Por consectário, faz-se extremamente necessário considerar que a questão da moradia se relaciona com a própria sobrevivência do indivíduo e consiste em um pressuposto para a dignidade da pessoa humana.

Sobre a importância de se reconhecer o direito à moradia, não se pode deixar de colacionar o seguinte precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que reconheceu referido direito, a despeito de tratar-se de ocupação irregular de área pública:

IMÓVEL PÚBLICO. CONTRATO DE USO. LOTEAMENTO IRREGULAR. RESCISÃO DE CONTRATO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. DIREITO À MORADIA. ESTATUTO DA CIDADE. LEI 10.257/01. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA. APLICABILIDADE. APELO PROVIDO.

1. O imóvel em questão foi objeto de contrato de concessão de uso para fins agrícolas em 1989, sendo que somente em 1999 a administração constatou a existência de loteamento irregular no local.

2. Caracterizada a inércia da administração por 10 (dez) anos, resguarda-se o direito à moradia aos ocupantes do local.

3. O direito à moradia não se confunde com o direito à propriedade.

4. Cabível a utilização de instrumentos constantes do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) para a consecução das diretrizes da política urbana.

5. Na presença de instrumentos legais hábeis à harmonização do direito de propriedade da administração pública e o direito à moradia dos ocupantes da área, incabível a reintegração de posse do Poder Público, por tratar-se de medida drástica capaz de ensejar o surgimento de novos conflitos sociais.

6. Apelo provido. (DISTRITO FEDERAL, 2009, p. 65. Grifo nosso).

Como se observa do entendimento do julgado supracitado, o que o direito não pode albergar é que o próprio causador da ocupação

irregular venha, após o transcurso de vários anos, a ser reintegrado na posse pura e simplesmente, em evidente prejuízo à comunidade que ali reside e erigiu benfeitorias, até mesmo porque, conforme as diretrizes atuais do ordenamento jurídico vigente, compete ao administrador e ao aplicador do direito o dever de buscar soluções eficazes aos conflitos fundiários urbanos.

Ressalta-se que, com o advento do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), os administradores públicos estão hoje incumbidos da importantíssima tarefa de dar aplicação aos instrumentos postos à sua disposição para a solução das questões urbanas. Não se pode olvidar, ainda, que a referida norma é de ordem pública (parágrafo único, art. 1º), passível, portanto, de aplicação de ofício.

Sobre o Estatuto da Cidade e o direito social de moradia, destacam-se as considerações de Liana Portilho Mattos:^[1]

Para finalizar, registre-se que o Estatuto da Cidade vem servir de suporte, também, para que seja efetivamente assegurado o direito social de moradia, expressamente previsto no art. 6º da Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, direito esse que não deve ser confundido com o direito de propriedade. (MATTOS, 2002, p. 36).

Noutra guisa, importa comentar, por fim, um entendimento equivocado que se admite nessa seara, que é a aceitação, sem maiores indagações e reflexões, da tese da mera “detenção” de bem imóvel da Terracap por quem o tenha irregularmente ocupado ou dele tenha adquirido justo título e passado a ali residir.

A *contrario sensu*, não há mera detenção por quem ocupa e passa a residir em imóvel urbano da Terracap. Isso porque,

além da posse deferida pela própria condição de proprietário e além da posse deferida por contrato, como no caso da locação, há a posse que é exercida por qualquer um que assuma o poder fático sobre a coisa, independentemente de qualquer relação jurídica real ou obrigacional que lhe conceda substrato. (DISTRITO FEDERAL, 2014).

Veja-se a percutiente lição de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Em verdade, tutela-se a posse como direito especial, em atenção à superior previsão constitucional do direito social primário à moradia (art. 6º da CF – EC nº 26/01), e o acesso aos bens vitais mínimos hábeis a conceder dignidade à pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF). A oponibilidade *erga omnes* da posse não deriva da condição de direito real patrimonial, mas do atributo extrapatrimonial da proteção da moradia como local de resguardo da privacidade e desenvolvimento da personalidade do ser humano e da entidade familiar. (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 40).

Dessarte, a questão levada ao Judiciário nas ações que envolvem bens imóveis da Terracap deve ser resolvida pela

harmonização entre o direito de propriedade e o direito à moradia, que embora se assemelhem em alguns aspectos, são institutos distintos, sobretudo na atualidade, à luz de princípios como o da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade. (DISTRITO FEDERAL, 2009, p. 65).

6 Conclusão

É bem verdade que a jurisprudência consolidou o entendimento de que os imóveis administrados pela Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap) ostentam natureza pública, sendo, portanto, insuscetíveis de usucapião, não passando de mera detenção a condição de quem os habite de forma irregular.

Ocorre que, na realidade, o Poder Judiciário local e o STJ blindaram um entendimento paternalista acerca da natureza pública dos bens Terracap, o qual é incapaz de prevenir os problemas fundiários no Distrito Federal e os referentes ao seu próprio patrimônio imobiliário, postura esta que está a merecer reparo (DISTRITO FEDERAL, 2014).

Faz-se extremamente relevante para a superação dos problemas fundiários existentes desde os primórdios da transferência da capital do País que os operadores de direito despertem e caminhem no sentido de reconhecer a natureza particular dos bens da Terracap, principalmente ao considerar que a personalidade jurídica de direito privado das empresas públicas afeta a sua natureza e, com a sua constituição, essas empresas passam à categoria de bens de natureza privada.

Nesse descortino, não se pode fechar os olhos para a natureza privada dos bens da Terracap, o que impõe que seja aplicado a ela o mesmo regime comum a todas as pessoas privadas. Isso significa dizer que seu acervo imobiliário pode vir a ser usado e adquirido por terceiro, caso não venha a cumprir e realizar a função social esperada pelo legislador e por toda a sociedade, razão pela qual seus bens podem ser objeto de usucapião.

Assim, há que se observar ainda que a conformação dos direitos fundamentais, entre os quais o direito à moradia, não gera apenas obrigações negativas para o Estado (como a abstenção de atos demolitórios), mas também obrigações positivas, no sentido de implementar, fomentar e garantir o respeito a tais direitos.

Portanto, as soluções para as questões relacionadas à moradia podem e devem ser buscadas também pelo Poder Judiciário, seja diante de sua função essencial de composição dos conflitos entre os jurisdicionados, seja pela necessidade de prevenir inúmeras lides nesse sentido (DISTRITO FEDERAL, 2009).

Ora, a questão da moradia não se restringe ao âmbito do Direito Civil ou do Direito Administrativo e, portanto, não deve ser tratada mediante a simples aplicação de normas referentes à posse, à propriedade e aos contratos administrativos.

Por todo o exposto, sob a moderna ótica do Direito Urbanístico, tanto o administrador público quanto o aplicador do direito devem buscar soluções eficazes para os conflitos fundiários urbanos, o que impõe o reconhecimento da natureza privada dos bens da Terracap e a possibilidade de esses bens serem alvo de usucapião.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 425.416/DF**. Primeira Seção. Recorrente: Viplan Viação Planalto Ltda. Recorrido: Companhia Imobiliária de Brasília – Terracap. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 26 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Recurso Especial n. 54.683/PE. Recorrente: Construtora Norberto Odebrecht S/A. Recorrido:

Município de Olinda. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. **DJU** de 27 maio 1996. p. 54730.

CARMONA, Pedro Afonso Cavichioli. **Curso de direito urbanístico**. Salvador: JusPodivm, 2015.

DISTRITO FEDERAL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. 9ª Procuradoria de Justiça Cível. **Manifestação Ministerial n. 279/2014**. Recurso de Apelação Cível n. 2014.01.1.173898-5. Apelante: Francisca Gregório de Souza e outro(s). Apelado: Companhia Imobiliária de Brasília. Relator: Desembargador José Divino de Oliveira. Brasília, DF, 20 nov. 2014.

DISTRITO FEDERAL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelação cível n. 15.589. Relator: Procurador de Justiça Geraldo Nunes. Brasília-DF, 12 de setembro de 1986. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, DF, v. 1, n. 2, p. 427-431, jul./dez. 1985. Disponível em: https://sempre.mpdfd.mp.br/uploads/r/ministerio-publico-do-distrito-federal-e-territorios-2/1/6/e/16edf9af2c21e58762239c9af9d8513df4319241f3fbe53cc903e6b9cfa38814/Revista_2.pdf. Acesso em: 4 out. 2022.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 19990110287989. Segunda Turma Cível. Apelante: Ricardo Ortega de Sousa e outros. Apelado: Companhia Imobiliária de Brasília – Terracap. Relator: Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior. Relator designado: Sérgio Rocha. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 22 out. 2009. p. 65.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 19990110467119. Primeira Turma Cível. Apelantes: José Cerro e Liria Locatelli Cerro. Apelada: Companhia Imobiliária de Brasília – Terracap. Relator: Des. Valter Xavier. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 9 out. 2002. p. 40.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 20120111919586. Terceira Turma Cível. Apelante: Edenilton de Jesus dos Santos. Apelado: Agência de Fiscalização do Distrito Federal. Relator: Desembargador Mario-Zam Belmiro Rosa. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 11 set. 2013. p. 139.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Embargos Infringentes na Apelação Cível n. 20020110748674. Segunda Câmara Cível. Embargante: Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil. Embargado: Ivonald José de Oliveira. Relator: Desembargador J. J. Costa Carvalho. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 18 mar. 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MATTOS, Liana Portilho. **Nova ordem jurídico-urbanística**: função social da propriedade na prática dos tribunais. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2006.

MATTOS, Liana Portilho. O estatuto da cidade e o acesso à justiça em matéria urbanística. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 35-40, jan./fev. 2002.

NUNES, Geraldo. Natureza jurídica dos bens da Terracap. Apelação Cível n. 15.589. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, DF, v. 1, n. 2, p. 427-431, jul./dez. 1985. Disponível em: https://sempre.mpdft.mp.br/uploads/r/ministerio-publico-do-distrito-federal-e-territorios-2/1/6/e/16edf9af2c21e58762239c9af9d8513df4319241f3fbe53cc903e6b9cfa38814/Revista_2.pdf. Acesso em: 28 out. 2022.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros: 2005.

Notas

- [1] Advogada, especialista em Análise Urbana pela Universidade Federal de Minas Gerais; Professora-assistente do Curso de Direito Urbanístico da PUC Minas; Membro do International Research Group on Law and Urban Space (IRGLUS).

A cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC) e a sua aplicabilidade no processo do trabalho

Maria Clara Mattei

Advogada. Pós-Graduada em Direito Processual Civil na Faculdade Baiana de Direito. Pós-Graduada em Direitos Humanos pelo Círculo de Estudos pela Internet (Curso CEI). Graduada na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Resumo: O presente estudo tem por objetivo avaliar a aplicabilidade da cláusula geral de negociação processual prevista no art. 190 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) ao processo do trabalho, a fim de verificar a possibilidade de as partes de uma reclamação trabalhista negociarem normas procedimentais, bem como disporem acerca dos seus ônus, deveres, faculdades e poderes processuais.

Palavras-chave: negócios jurídicos processuais; processo civil; compatibilidade; processo do trabalho.

Sumário: 1 Introdução. 2 Os negócios jurídicos processuais. 2.1 A norma do *caput* do art. 190 do CPC e sua aplicação ao processo do trabalho. 3 Uma análise principiológica da compatibilidade da cláusula de negociação processual atípica (art. 190, CPC) com o processo trabalhista. 3.1 O princípio da hipossuficiência do trabalhador. 3.2 O princípio da imperatividade/irrenunciabilidade das normas trabalhistas. 3.3 O princípio da boa-fé objetiva aplicado aos negócios jurídicos processuais. 3.4 Os princípios da liberdade e autorregramento da vontade das partes. 3.5 O princípio da segurança jurídica e a Instrução Normativa n. 39/2016. 3.6 O princípio da duração razoável do processo. 4 Conclusões.

1 Introdução

A partir da promulgação do novo Código de Processo Civil (CPC/2015), ou Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, o ordenamento jurídico

brasileiro passou a contar com a previsão de uma cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC/2015). Por meio desta, as partes de uma lide civilista passaram a ter mais autonomia no âmbito da relação jurídica processual na medida em que adquiriram o poder de, mediante consenso, constituir, modificar ou extinguir suas obrigações, faculdades, direitos e deveres processuais e até mesmo dispor sobre normas procedimentais de forma ampla, o que não era possível sob a égide da legislação anterior.

Partindo da premissa de que o código processual civil de 2015 é fonte subsidiária do processo do trabalho, faz-se necessária a análise quanto a uma possível compatibilização da referida cláusula ao processo do trabalho, de modo a possibilitar, nesta seara, os benefícios advindos com esta previsão normativa, sem que, de outro lado, seja comprometida a necessária e especial proteção que deve ser dada ao trabalhador.

2 Os negócios jurídicos processuais

Os negócios jurídicos, de um modo geral, representam o máximo da autonomia privada no Direito, na medida em que possibilitam às partes estipular os efeitos jurídicos dos atos por elas praticados, podendo até mesmo criar uma nova relação jurídica com direitos e deveres antes inexistentes. São instrumentos aptos a veicular os interesses privados reconhecidos e protegidos juridicamente (ABREU FILHO, 2003, p. 19-20).

Os negócios jurídicos processuais, por sua vez, constituem a possibilidade de modulação dos efeitos jurídicos de normas relacionadas ao processo. Segundo Antonio do Passo Cabral (2016, p. 48-49), são declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais admitidas pelo ordenamento jurídico como capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais ou alterar o procedimento para adequar o exercício da função pública estatal às especificidades do caso concreto. Trata-se do exercício do poder de autorregramento na relação processual.

A inovação trazida no art. 190 no CPC/2015 – cuja norma prevê a possibilidade de serem celebrados negócios jurídicos processuais atípicos – decorre do fato de ter sido constatado que a liberdade no processo – porque restringida de forma excessiva e, por vezes, injustificada –, no Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (CPC/1973), necessitava ser

ampliada (CABRAL, 2016, p. 88). Tal inovação é um dos grandes reflexos de uma mudança de valores e de uma nova mentalidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, voltada à busca de mecanismos que favorecessem a obtenção de soluções meritorias (art. 4º), mais democráticas e cooperativas (art. 2º).

Para se atingir tal finalidade, foi necessária uma ruptura do paradigma até então vigente de que a maleabilidade do procedimento representaria uma grande afronta ao princípio da segurança jurídica, para se estabelecer a ideia de que um processo dialógico atenderia melhor às atuais demandas sociais e às exigências da Constituição Federal de 1988 (CABRAL, 2015, p. 391-392, 400). Por consequência, tais inovações refletiram no direito processual do trabalho e na forma com que está estruturado.

2.1 A norma do *caput* do art. 190 do CPC e sua aplicação ao processo do trabalho

Em razão da impossibilidade de serem elencadas na lei todas as situações em que a negociação processual, além de possível, se mostraria adequada (CABRAL, 2016, p. 88), estabeleceu-se no art. 190 do atual Código Processual Civil uma cláusula geral de negociação processual, com o seguinte teor:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Da leitura do *caput*, extrai-se que podem ser objeto da negociação (I) tanto as normas sobre o procedimento judicial (II) quanto os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes celebrantes, ainda que este ajuste não importe em adequações procedimentais.^[1]

A cláusula geral de negociação atípica prevista para o processo civil pode ser utilizada no processo do trabalho tanto com fundamento no art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT),^[2] o qual determina a aplicação subsidiária do processo civil ao processo do trabalho, quanto no art. 15 do CPC,^[3] que prevê a sua aplicação supletiva.

Apesar de bastante distintas as redações dos preceitos referidos, é possível extrair de ambos os textos a mesma norma jurídica, qual seja: a possibilidade de utilização do direito processual civil sempre que este trouxer instrumentos aptos ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional trabalhista, de modo a concretizar de forma mais efetiva os valores por ela perseguidos.

O CPC/2015 admite e estimula a autocomposição e o modelo cooperativo, com o objetivo de criar um ambiente em que as tensões entre o juiz e as partes sejam menores, mediante a participação efetiva de todos eles no processo. Portanto, sob o viés axiológico, não há qualquer óbice para a estipulação de uma cláusula geral de negociação processual, mesmo na esfera trabalhista, que também almeja a pacificação dos conflitos (DIDIER JR., 2019, p. 34-37). O direito constitucional à liberdade implica o respeito ao autorregramento da vontade, inclusive na seara processual.

O Código de Processo Civil de 2015 pode (e deve) contribuir sobremaneira para o aperfeiçoamento constitucional e humanístico do Direito processual do trabalho (ANDRADE, 1992, p. 136). Sob a égide da Constituição Federal de 1988, o aplicador do Direito, ao deparar-se com normas que melhor atendam às finalidades do Direito do Trabalho, deve aplicá-las, ainda que tenham a sua origem atrelada a diploma legal que não a Consolidação das Leis Trabalhistas (ANDRADE, 1992, p. 33). A própria CLT, inclusive, desde a sua edição em 1943, já autorizava a celebração de alguns negócios jurídicos processuais, a exemplo do acordo para dispensa de razões finais (art. 850 da CLT) e para a dispensa de testemunhas (art. 845 da CLT), demonstrando a compatibilidade do instituto com o direito processual trabalhista (NOGUEIRA, 2016).

A cláusula geral de negociação processual atípica servirá, então, para complementar e aprimorar os mecanismos de autocomposição e flexibilização procedimental já previstos e tão incentivados na própria

CLT, além de conferir às partes um poder de maior participação na formação da estrutura da ação judicial (atividades, outrora, quase privativas do magistrado), tornando o processo mais democrático e efetivo, consoante exigências da Constituição brasileira de 1988.

3 Uma análise principiológica da compatibilidade da cláusula de negociação processual atípica (art. 190, CPC) com o processo trabalhista

A incompatibilidade da norma do art. 190 do CPC com o processo trabalhista é apenas aparente e advém de uma leitura isolada do dispositivo em relação ao ordenamento jurídico como um todo. Acontece que essa análise deve ser feita de forma integrada com diversos princípios do sistema jurídico brasileiro, os quais servem não só como vetores interpretativos da referida norma, mas também como instrumentos aptos a corrigir eventuais desequilíbrios verificados na relação jurídica processual trabalhista. Todas as normas, independentemente da sua natureza e ramo jurídico, devem dialogar entre si com o fito de tornar possível o alcance das metas constitucionais (LEITE, 2015, p. 27).

Dentro desse contexto, torna-se evidente a necessidade de uma interpretação sistêmica entre o direito processual civil e o direito processual do trabalho, especialmente com os princípios que regem este, para uma melhor compreensão dos efeitos jurídicos provenientes da incorporação de uma cláusula aberta de negociação processual na esfera trabalhista.

3.1 O princípio da hipossuficiência do trabalhador

O princípio da hipossuficiência do trabalhador justifica o caráter protetivo do Direito do Trabalho e visa dirimir, no plano jurídico, a desigualdade existente no plano social entre o empregado e o empregador, em razão do poder econômico, técnico, político e cultural deste último (DELGADO, 2011, p. 192).

Essa presunção de vulnerabilidade, além de servir como parâmetro interpretativo do aparato legislativo da Consolidação das Leis do Trabalho, fundamenta a existência de outros subprincípios na esfera

trabalhista, com destaque para: (I) o princípio da norma mais favorável ao trabalhador; (II) o princípio da imperatividade das normas trabalhistas; (III) o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas; (IV) o princípio da condição mais benéfica; (V) e o princípio *in dubio pro operário* (DELGADO, 2011, p. 191-202). Em última instância, o princípio em comento alinha-se ao ideal de igualdade constante no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que exige, nos aspectos formal e material, a paridade das partes.

No plano processual, traduz-se na ideia de que o processo deve perseguir um ideal de justiça, enquanto instrumento criado para auxiliar o trabalhador na persecução e alcance dos seus direitos. Trazendo a questão ao tema das convenções processuais, pode-se afirmar que, na compreensão das cláusulas contidas nos acordos processuais, deve ser utilizada a interpretação mais benéfica ao trabalhador, conferindo-lhe maior proteção, se verificada, no caso particular, a existência de um desequilíbrio na relação jurídica processual – ou seja, uma disparidade técnica significativa, evidenciada, por exemplo, nos casos de *jus postulandi* –, inexistente, por outro lado, quando o trabalhador tem seus interesses defendidos pelo Ministério Público do Trabalho.

O próprio parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 cuidou de disciplinar a questão para afastar a validade das convenções processuais, no todo ou em parte, quando manifesta a vulnerabilidade jurídica de qualquer das partes. Assim, há no ordenamento jurídico instrumentos hábeis a coibir possíveis violações ao referido princípio, que permanece sendo aplicado.

Desse modo, conclui-se que a possibilidade de celebrar acordos processuais no processo do trabalho, a princípio, não viola o viés protetivo do Direito do Trabalho e, por essa razão, não deve ser afastada de plano; essa é uma análise que deve observar a particularidade de cada caso (NOGUEIRA, 2016).

3.2 O princípio da imperatividade/irrenunciabilidade das normas trabalhistas

Segundo o princípio da imperatividade/irrenunciabilidade das normas trabalhistas, prevalece no âmbito trabalhista a máxima de

que as regras deste sistema possuem natureza cogente, ou seja, as normas trabalhistas possuem um caráter imperativo, que as torna, no mais das vezes, inderrogáveis pela vontade exclusiva das partes (DELGADO, 2011, p. 195).

Embora seja uma norma jurídica afeta especialmente à seara trabalhista, esse princípio está entrelaçado com a ideia, por muito tempo consubstanciada no processo civilista, de que o Estado seria aquele que melhor tutelaria os interesses do trabalhador, como se as partes, mesmo sendo destinatárias da prestação jurisdicional, tivessem apenas um interesse indireto na resolução do conflito social (CABRAL, 2016, p. 106-110).

Contudo, essa concepção extremada de um processo publicista levou a grandes distorções, não só porque abriu espaço para que o processo judicial fosse utilizado como instrumento de opressão pelo Estado em desfavor dos particulares – e, por isso também em desfavor do próprio trabalhador –, mas também porque não favoreceu a consolidação do processo como um instrumento criado para apaziguar os conflitos sociais, já que as decisões proferidas nesse âmbito pouco contemplavam o interesse de seus litigantes. Tinha-se, pois, um quadro de total ausência de interação entre os sujeitos processuais (CABRAL, 2016, p. 106-110).

Daí porque foi necessário chamar as partes para auxiliarem na construção do procedimento, retirando-lhes o papel de meras espectadoras da atividade jurisdicional. Esse papel proativo não só serviu para limitar a atuação do juiz como também para tornar o processo mais democrático, fazendo com que fossem menores as insurgências contra as decisões emanadas pelo Poder Judiciário, já que passaram a contemplar, de modo bem mais amplo, os interesses individuais dos litigantes (CABRAL, 2016, p. 150-152). Por isso, a questão em torno do publicismo processual deve ser reformulada para contemplar a ideia de que o processo deve ser um ponto de diálogo entre as partes e não um mecanismo de sujeição e hierarquização destas.

Ademais, partindo da premissa de que o direito propriamente dito (bem da vida vindicado), do qual o processo é apenas um instrumento, pode ser objeto da autocomposição na seara trabalhista, não

há justificativa para se impedir a negociação do procedimento, que é instrumento para a efetivação de tais direitos.

Ressalte-se que isso não significa uma renúncia do caráter cogente das normas trabalhistas, mas apenas o reconhecimento de que nem sempre é o Estado, por intermédio da autoridade julgadora, aquele que conferirá o melhor direcionamento e a melhor solução para o fim do litígio (LEITE, 2013, p. 83).

A incorporação da cláusula de negociação processual não desnatura o princípio em questão, seja porque a negociação encontra limites em normas estatais imperativas e inderrogáveis pelas partes, seja porque a negociação processual é uma faculdade e não uma imposição. Assim, não sendo de interesse de um dos litigantes, o processo seguirá nos exatos termos da lei.

Por fim, a partir do momento em que as partes podem negociar sobre seus direitos, deveres, ônus, obrigações e faculdades processuais, permitindo-se-lhes, ainda, negociar sobre o procedimento, as chances de elas se insurgirem quanto à decisão de cuja formação efetivamente participaram são diminuídas sobremaneira, pois o processo se torna mais democrático, e as decisões emanadas pelo Poder Judiciário passam a contemplar, de modo bem mais amplo, os interesses individuais dos litigantes (CABRAL, 2016, p. 148).

3.3 O princípio da boa-fé objetiva aplicado aos negócios jurídicos processuais

A noção de boa-fé, sob o aspecto jurídico, comporta dois vieses: a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva considera o elemento volitivo do sujeito na sua conduta para efeitos de revisão judicial, ao passo que a boa-fé objetiva considera suficiente a constatação de um desequilíbrio entre prestações e contraprestações nos acordos, independentemente da vontade das partes (THEODORO JR., 2009, p. 20).

Com a evolução da teoria dos negócios jurídicos, a boa-fé subjetiva deixou de ser a norma central na interpretação dos negócios jurídicos, a qual passou a ser pautada precipuamente pelo critério objetivo

(MARTINS-COSTA, 1999). Conquanto não seja possível estabelecer um conceito preciso de boa-fé objetiva, ela pode ser identificada como "a exigência nas relações jurídicas do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação, impondo um dever de correção e fidelidade, assim como o respeito às legítimas expectativas geradas no outro" (MIRAGEM, 2012, p. 110). Nesse mesmo sentido, posiciona-se Humberto Theodoro Jr. (2009, p. 21), que compreende a boa-fé objetiva como uma nova roupagem conferida ao princípio da lealdade nos negócios jurídicos, a ser norteadada pelas expectativas legitimamente geradas às partes contratantes, bem como aos demais membros da sociedade.

No que diz respeito à aplicabilidade desse princípio às convenções processuais no âmbito trabalhista, a boa-fé objetiva prescreve dois enunciados distintos: (I) o primeiro é direcionado aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – o processo do trabalho deve conter normas que atendam à compatibilização da proteção necessária aos trabalhadores e à ordem econômica (art. 170 da CF), sempre com base na boa-fé; (II) o segundo postulado, por sua vez, dirige-se aos sujeitos da relação jurídica de trabalho, impondo-lhes regras de conduta, tais como a observância dos deveres de informação e lealdade, bem como o respeito às expectativas das partes contratantes, cuja inobservância culmina na nulidade das cláusulas estabelecidas fora desse padrão ético.

Pode-se inferir dessas considerações que a boa-fé cumpre, nos acordos processuais celebrados na esfera do trabalho, o papel de assegurar a vontade não só do empregador, mas sobretudo do trabalhador, de modo a equilibrar no campo jurídico uma relação marcada pela desigualdade. Dessa forma, para ser considerado válido o pacto processual, além de atender a procedimentos formais, faz-se necessária a observância de requisitos de ordem material, já que "há determinados comportamentos que, não obstante se mostrarem lícitos, nem por isso se adaptam aos padrões éticos propostos pela boa-fé" (BIERWAGEN, 2002, p. 53).

Nesse tocante, a noção de boa-fé revela que também as manifestações de vontade dos particulares devem possuir uma função social e satisfazer os valores contemplados pelo ordenamento. Assim, não obstante a lei esteja sendo respeitada, isso, por si só, não garante a validade do acordo processual, é preciso mais. Faz-se necessário que,

dentro dos limites da lei, a autonomia da vontade seja exercida para atender tanto à legítima expectativa da outra parte (boa-fé objetiva) quanto aos valores jurídicos consagrados na sociedade, especialmente os constitucionais (THEODORO JR., 2009, p. 21).

Assim, a boa-fé objetiva serviria como um instrumento limitador da autonomia das partes na celebração dos negócios jurídicos processuais, adequando-a ao conjunto de valores resguardados pelo ordenamento jurídico.

Ao atribuir sanção de nulidade às cláusulas contratuais abusivas (art. 190, parágrafo único, do CPC/2015), quis o legislador demonstrar que o desequilíbrio entre obrigações e contraprestações é situação fática não quista pelo ordenamento. Aplicando-se ao processo do trabalho, implica dizer que, num negócio processual trabalhista, devem-se observar: (I) a expectativa das partes, com especial olhar para a do trabalhador; e (II) os valores almejados pela sociedade como um todo, já que a livre iniciativa, embora seja também um princípio constitucional, deve ser exercida dentro de determinados limites.

Desse modo, caso seja constatado desequilíbrio na negociação jurídica processual, inclusive na esfera trabalhista, essa manifestação de vontade não produzirá efeitos, sob pena de desnaturar o próprio instituto, que deve servir de instrumento à manifestação de ambas as partes, e não de apenas uma delas.

Exigem-se, nos acordos processuais, obrigações sinalagmáticas (THEODORO JR., 2009, p. 24) e a distribuição equitativa de direitos e obrigações (JUSEFOVICZ, 2005, p. 85). O negócio jurídico processual que tiver aptidão para promover o rompimento do equilíbrio jurídico dos deveres e obrigações estabelecidos pelas partes deve ser submetido à revisão judicial e ser declarado nulo. Dito de outro modo, os negócios processuais trabalhistas, para serem válidos, devem comportar uma noção de justiça.

Note-se ainda que, no processo trabalhista, as hipóteses de revisão judicial não são tão restritas como aquelas previstas para o processo civil, especificamente aquelas contidas na norma do parágrafo único do art. 190 do CPC, sendo suficiente para tanto que as obrigações assumidas por um dos polos contratantes se mostrem excessivas.

Desse modo, para ser reputada como válida uma convenção processual trabalhista, devem restar preservadas as noções de equilíbrio e justiça em respeito aos postulados da boa-fé objetiva, sendo perfeitamente possível harmonizar o art. 190 do CPC ao processo do trabalho.

3.4 Os princípios da liberdade e autorregramento da vontade das partes

A liberdade, considerando o Estado Democrático de Direito, constitui um dos direitos fundamentais encabeçados pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*). O processo, inclusive o trabalhista, deve, em respeito à Constituição Federal, garantir, entre outros valores, o exercício da autonomia privada.

A liberdade constitucional comporta uma dimensão genérica concernente à capacidade de os sujeitos regerem a sua conduta nos mais diversos aspectos – sociais, políticos, filosóficos, religiosos, econômicos etc.–, respeitados sempre os valores e limites impostos no ordenamento jurídico (SILVA, 2006, p. 225).

A autonomia privada constitui o núcleo do direito à liberdade e deve ser entendida a partir da máxima de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (SILVA, 2006, p. 236). No campo processual, a liberdade é mais bem enxergada através de seu subprincípio, o autorregramento da vontade, definido por Fredie Didier Jr. como o poder de todo sujeito, de acordo com a sua conveniência, regular juridicamente os seus interesses (DIDIER JR., 2015, p. 132).

Apesar de a atividade jurisdicional, e por conseguinte processual, estar submetida ao controle do Estado, ainda assim, deve ser garantida a autonomia privada. A liberdade é direito fundamental que também incide no campo processual. O rigor e os limites impostos pelo Estado para atuação do particular não podem impedir o exercício desse direito. É uma linha tênue do sistema de pesos e contrapesos em que o Estado limita o exercício da autonomia privada para adequá-la ao sistema legal. E o exercício desse direito, por outro lado, funciona como um limite à atuação do Poder Público, retirando-lhe o poder de monopolizar os poderes relativos ao gerenciamento processual.

A cláusula de negociação processual aplicada às lides trabalhistas cria um mecanismo voltado exatamente a equilibrar o exercício do poder pelo Estado e a autonomia individual dos litigantes, de modo a permitir que todos os sujeitos do processo participem de igual forma em relação ao modo pelo qual será prestada a tutela jurisdicional. O processo torna-se cooperativo e, por conseguinte, mais democrático.

Não é porque o processo trabalhista segue o modelo inquisitorial que a vontade das partes não deva ser considerada também nessa esfera. Ao revés, a celebração de acordos processuais aproxima os sujeitos processuais e favorece a tão desejada autocomposição e, mesmo quando isso não é possível, auxilia na diminuição da tensão existente entre empregador e trabalhadores no contexto de uma lide trabalhista. Assim, o art. 190 do novo CPC apenas ratifica que um processo adequado deve também guardar correspondência com o interesse das partes (REDONDO, 2016, p. 358).

3.5 O princípio da segurança jurídica e a Instrução Normativa n. 39/2016

O princípio da segurança jurídica encontra-se no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, com o seguinte teor: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Embora o texto da Lei somente faça referência a situações consolidadas no passado, é possível extrair dessa redação também a norma jurídica que prescreve o princípio da confiança, segundo o qual o Poder Judiciário, nos seus atos, deve garantir a previsibilidade quanto à atuação do Estado e o seu modo de decidir, criando um parâmetro a ser utilizado pelos particulares na orientação de seu comportamento (DIDIER JR., 2013, p. 447).

De modo simplificado, a segurança jurídica envolve previsibilidade no agir. À luz do princípio da confiança e da segurança jurídica, fazem-se necessárias algumas considerações a respeito da Instrução Normativa n. 39/2016, de 15 de março, editada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), a qual trata da implementação do novo Código de Processo Civil na esfera trabalhista.

De acordo com o art. 2º, inciso II,^[4] da referida instrução, o TST negou aplicabilidade à implementação dos negócios jurídicos processuais atípicos na esfera da Justiça do Trabalho, alertando, de logo, aos jurisdicionados sobre qual seria o posicionamento a ser adotado por essa corte superior, evitando-se com isso decisões-surpresa.

Inicialmente é louvável – e se reconhece a importância – o Tribunal Superior do Trabalho preocupar-se em, antecipadamente, informar o entendimento a ser utilizado no julgamento de seus processos para que os jurisdicionados possam prontamente adequar as suas condutas. Entretanto, contrariamente ao que defende essa corte, a medida adotada não salvaguarda o ideal de segurança jurídica, tampouco cria um quadro de estabilidade e de confiança no órgão jurisdicional. Explica-se.

Embora a IN n. 39/2016 tenha recepcionado a incorporação de diversas normas do Código de Processo Civil ao processo do trabalho, reconhecendo o legado civilista como fonte de obrigações e direitos, o TST negou aplicabilidade ao art. 190 do novo CPC sem apresentar qualquer justificativa apta a ensejar essa recusa. Por isso, o posicionamento adotado a esse respeito, embora se revista de juridicidade, mostra-se, na sua essência, um ato estritamente político.

Nesse ponto, importante ainda uma consideração. A crítica que se faz em relação ao tema da negociação processual na IN n. 39/2016 não é com relação ao não recepcionamento da regra do Código de Processo Civil. Não é essa a conduta que viola o princípio da segurança jurídica. O que viola a segurança jurídica é exatamente o fato de algumas normas terem sido recepcionadas, enquanto outras não, sem que para isso tenha sido apresentado qualquer fundamento legal.

Sob outro viés, é preciso apontar que a não incorporação da regra do art. 190 do novo CPC à esfera laboral fere a segurança jurídica e a harmonia do sistema jurídico, na medida em que o instrumento é plenamente aplicável à esfera consumerista, que possui bases principiológicas similares ao Direito do Trabalho em razão do seu caráter protetivo.

Tanto o Direito do Consumidor como o Direito do Trabalho foram construídos para sanar no mundo jurídico uma possível, e no mais das vezes real, desigualdade apresentada no plano fático. Não se consegue vislumbrar a existência de qualquer nota distintiva nas bases

jurídicas e finalidades perseguidas por esses dois ramos jurídicos que pudesse ensejar essa discrepância. O fato de o TST não ter apresentado as razões de sua decisão torna ainda mais difícil a missão desse diálogo.

Logo, sob a ótica do que preceitua o princípio da segurança jurídica, pode-se concluir: (I) a Instrução Normativa n. 39/2016, no que diz respeito à negociação processual, não merece guarida no ordenamento jurídico brasileiro, dada a ausência de fundamentação jurídica da decisão; (II) fere a confiança e a previsibilidade do sistema o fato de ser possível, na esfera do consumidor, a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, enquanto que no Direito do Trabalho, fundado nas mesmas bases principiológicas, não há essa possibilidade.

Ademais, o ideal de segurança jurídica resta violado sob o aspecto da unicidade do sistema. Como é possível justificar que seja possibilitado aos sujeitos da relação jurídica processual realizarem a auto-composição plena de seus direitos, abdicando até mesmo da tutela judicial, e não poderem realizar ato de disposição menor, ou seja, não poderem apenas transigir com relação à parte de seus direitos, os processuais? Se o processo, em última instância, é destinado à satisfação do direito material e este pode ser transacionado, por que não poderia o direito material sê-lo também?

Dentro de uma macroestrutura, é preciso entender que, além da proteção e correção de uma possível vulnerabilidade do trabalhador, o Poder Público tem outras finalidades, inclusive a de manter um sistema processual rígido que transmita confiança aos que dele necessitem (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 447). Logo, não é pelo fato de as normas trabalhistas serem cogentes e imperativas que essa natureza vá ser perseguida de maneira absoluta e irrestrita. Até mesmo porque nenhum princípio jurídico é absoluto.^[5]

Por fim, oportuno salientar que as convenções processuais não violam o ideal de previsibilidade. Primeiro porque, sendo prévias ao processo, são necessariamente realizadas por escrito. Segundo porque decorrem do próprio consenso das partes, não havendo que se falar em um ato que gere surpresas para qualquer um dos sujeitos processuais. Sendo assim, a rejeição do art. 190 do novo CPC na esfera trabalhista, sob a ótica do princípio da segurança jurídica e da noção de confiança por ele imposta, também não se sustenta.

3.6 O princípio da duração razoável do processo

O princípio da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, reproduzido nos arts. 4º e 139, II, ambos do Código de Processo Civil) informa que a prestação jurisdicional deve ser entregue em tempo razoável.

Por essa norma, somente será devido o processo cuja prestação jurisdicional seja entregue em tempo razoável. E esse fator, qual seja, a razoabilidade, deve considerar, segundo a Corte Europeia de Direitos do Homem, três critérios: (I) complexidade da matéria objeto da lide; (II) atuação dos litigantes e procuradores da parte; (III) atuação do órgão jurisdicional (DIDIER JR., 2015, p. 95).

Se no procedimento ordinário a duração razoável do processo assume grande importância, no procedimento trabalhista assume relevo ainda maior, tendo em vista a natureza alimentar das verbas discutidas, a posição de vulnerabilidade (no mais das vezes) ocupada pelo trabalhador e a própria necessidade fortalecer o Direito do Trabalho como um instrumento efetivo e rápido de correção de injustiças sociais (MIESSA, 2016, p. 123).

A duração razoável do processo comporta uma noção de eficiência, alcançada somente com a racionalização da marcha processual. A incorporação da cláusula geral de negociação processual na esfera trabalhista traria o aperfeiçoamento do seu procedimento tanto para ampliá-lo, quando sua complexidade assim o exigir, quanto para simplificá-lo, quando os atos processuais se revelarem desnecessários.

Modelos processuais mais flexíveis propiciam o diálogo entre as partes e entre estas e o próprio magistrado em relação aos procedimentos marcados pela rigidez (ZUFELATO *et al.*, 2015, p. 230), ideal este que atinge melhor o objetivo de pacificação social, conflitos jurídicos mais equilibrados e soluções mais justas. Assim, não só a cláusula geral de negociação processual é compatível com o ordenamento jurídico, como também é desejável à luz da Constituição Federal de 1988.

4 Conclusões

De maneira objetiva, conclui-se com o presente estudo o seguinte:

1. A cláusula geral de negociação atípica é um importante instrumento que permite às partes adequarem a tutela jurisdicional às especificidades do caso, inclusive para ampliarem a marcha processual, a fim de obterem uma solução adequada, célere e efetiva.
2. A previsão do art. 190 do CPC/2015 reflete um novo paradigma processual, qual seja, o de que o processo não só interessa ao Estado, mas também aos sujeitos destinatários da tutela jurisdicional, motivo pelo qual se faz necessária a inclusão no ordenamento jurídico de mecanismos que possibilitem às partes, inclusive de uma lide trabalhista, gerenciar e influir no procedimento e na forma pela qual se dará a prestação jurisdicional.
3. É plenamente possível uma aplicação subsidiária da cláusula geral de negociação processual na esfera trabalhista à luz do art. 15 do CPC/2015 e do art. 769 da CLT, quer porque a Consolidação das Leis do Trabalho já prevê algumas possibilidades de negociação processual, revelando a compatibilidade do instituto civilista com o processo trabalhista, quer porque melhor contempla os valores da celeridade, eficiência e duração razoável do processo quando se compara com aquilo já previsto na CLT.
4. A recepção da referida cláusula não afronta o princípio da hipossuficiência do trabalhador porque: (I) a vulnerabilidade da parte deve ser aferida à luz do caso concreto; (II) a existência de vulnerabilidade econômica não implica necessariamente a hipossuficiência técnica na relação jurídica processual; (III) o próprio art. 190 do CPC cuida de afastar a validade dos negócios jurídicos processuais em que o trabalhador ocupe uma posição que manifestamente lhe trará prejuízos; (IV) por fim, verificada a desigualdade na distribuição dos deveres e obrigações das partes celebrantes, as normas de caráter protetivo do Direito do Trabalho podem ser amplamente utilizadas para corrigir essa situação.
5. O caráter cogente e imperativo das normas de Direito do Trabalho não se desnatura com a cláusula de negociação processual, mas

possibilita a convivência da vontade do Estado juntamente com a das partes.

6. A autocomposição propiciada pela possibilidade de negociação processual auxiliará na eliminação dos conflitos trabalhistas e no alcance de uma solução mais justa e efetiva.
7. Os negócios jurídicos processuais trabalhistas, para serem válidos, devem obedecer aos postulados impostos pela boa-fé objetiva e devem assegurar a paridade na estipulação de direitos e obrigações, bem como a noção de justiça.
8. A negociação processual decorre de consenso das partes e, à luz do princípio da segurança jurídica, fortalece o princípio da confiança.
9. A Instrução Normativa n. 39/2016 do TST rejeitou, sem apresentar qualquer fundamento, a utilização do mecanismo previsto no art. 190 do CPC, ao passo que recepcionou outras normas desse diploma legal.
10. A cláusula de negociação processual atípica na seara trabalhista irá contribuir para a concreção do ideal de um processo com duração razoável enquanto ferramenta que, reconhecendo o caráter elástico do procedimento, permite adequar os atos processuais às especificidades da causa, ampliando ou simplificando etapas processuais.
11. Concluiu-se que a cláusula geral de negociação processual, além de ser plenamente compatível com os princípios jurídicos que norteiam o Direito do Trabalho e as normas constitucionais, pode trazer grandes contribuições para tornar mais moderna a prestação jurisdicional trabalhista, aprimorando-a.

Referências

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. ed., atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Christiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Ato do Presidente do Senado Federal n. 379, de 2009. Institui Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil de 2015. **Diário Oficial da União de 22 de outubro de 2009**. Disponível em: <https://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/colunas/novo-cpc/131111-ato-no-379-de-30-de-setembro-de-2009>. Acesso em: 1º ago. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro. Os desafios do juiz no CPC/2015. In: GAJARDONI, Fernando (org.). **Repercussões do novo CPC – Magistratura**. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 383-402.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIDIER JR., 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 JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. Tomo 1. (Coleção Grandes temas do Novo CPC). p. 35-42.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 8. ed., rev., e atual. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 2.

JUSEFOVICZ, Eliseu. **Contratos: proteção contra cláusulas abusivas**. Curitiba: Juruá, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra (org.). **Novo CPC: repercussões no processo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIESSA, Élisson (coord.). **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negociação processual trabalhista. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (coord.). **Novo CPC e o processo do trabalho**. 2. ed. [Atualizado de acordo com as IN n. 39 e 40 – TST]. São Paulo: LTr, 2016. p. 616-622.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016. Tomo 1. (Coleção Grandes Temas do novo CPC). p. 357-366.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito do constitucional positivo**. 26. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2006.

THEODORO JR., Humberto. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. 6. ed., rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ZUFELATO, Camilo (coord.) *et al.* **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2015.

Notas

- [1] Reconhece essa possibilidade também o Enunciado n. 258 do FPPC: “As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa”.
- [2] Art. 769 da CLT: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.
- [3] Art. 15 do CPC/2015: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.
- [4] Art. 2º, II, IN n. 39/2016: “Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: [...] II - art. 190 e parágrafo único (negociação processual);”.
- [5] Nas palavras de Alexy (2008, p. 111): “Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em casos de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos”.

Ações afirmativas no trabalho sob o enfoque da abordagem das capacidades: uma análise de programas de *trainees* no âmbito de empresas privadas

Miguel Julio Paz Filho

Analista do MPU, exercendo atualmente o cargo de chefe de Assessoria Jurídica. Mestre em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Especialista em Direito Constitucional Público pela Universidade Potiguar (UnP).

Resumo: Este estudo analisa a adoção de ações afirmativas para a inclusão de trabalhadores negros no mercado de trabalho no Brasil sob o enfoque da abordagem das capacidades desenvolvida por Amartya Sen. A partir dessa abordagem, considera-se em que medida essas ações constituem formas de maximizar a igualdade e a liberdade dos indivíduos no alcance do desenvolvimento humano por meio do livre exercício das funcionalidades que o indivíduo valoriza. A pesquisa analisa recentes ações afirmativas em empresas privadas destinadas à inserção de pessoas negras no mercado de trabalho no Brasil. O estudo propõe a correlação entre tais práticas antidiscriminatórias com a abordagem das capacidades, argumentando que a implementação de ações afirmativas no mercado de trabalho justifica-se não somente para a redução de desigualdades, mas também para a promoção da liberdade dos trabalhadores.

Palavras-chave: desenvolvimento humano; discriminação; ações afirmativas; abordagem das capacidades.

Sumário: 1 Introdução. 2 Abordagem das capacidades e ações afirmativas no mercado de trabalho. 2.1 As ações afirmativas no mercado de trabalho: conceito, funções e objetivos. 2.2 A abordagem das capacidades como elemento justificador das ações afirmativas no mercado de trabalho. 2.3 Ações afirmativas para inserção qualitativa de trabalhadores negros no mercado de trabalho por parte de empresas privadas: exemplos de casos práticos e análise de potenciais impactos em favor da equidade racial. 3 Conclusão.

1 Introdução

A população brasileira negra constitui uma parcela da sociedade que tem sido historicamente alijada de oportunidades econômicas, em especial no mercado de trabalho, como consequência de uma abolição simbólica da escravidão no Brasil e do racismo estrutural^[1] e institucional^[2] que permeia as diversas vertentes do convívio na sociedade até hoje.

O acesso e a permanência no mercado de trabalho formal constituem um exemplo importante; em especial o acesso a cargos de chefia, direção e liderança tem sido historicamente restrito a trabalhadores brancos, detentores de maior acesso à educação formal e à qualificação profissional, conforme dados obtidos por meio da pesquisa do perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas no Brasil realizada pelo Instituto Ethos (2016).

Considerando esse cenário histórico de exclusão e desigualdade das pessoas negras no mercado do trabalho, este estudo analisa a adoção de ações afirmativas no âmbito de empresas privadas – tais como o lançamento de programas de *trainees* reservados a trabalhadores negros recentemente divulgados na mídia por empresas como Magazine Luiza, Bayer e P&G – e o impacto dessas formas de discriminação positiva na promoção da igualdade e da liberdade dos indivíduos.

O artigo averigua a correlação entre tais práticas antidiscriminatórias e a abordagem das capacidades, argumentando que a implementação de ações afirmativas no mercado de trabalho justifica-se não só para a redução de desigualdades, mas também para a própria promoção da liberdade dos trabalhadores.

A pesquisa traz à tona o trabalho não apenas como fator gerador de renda, mas como palco social para o desenvolvimento de capacidades humanas que permitem o florescer do indivíduo nas diferentes dimensões de sua vida. Cabe ao Estado e à esfera privada uma atuação positiva, para que os indivíduos sejam detentores de possibilidades sociais que lhes garantam o poder da escolha de perseguir os objetivos que lhe são caros, o que necessariamente envolve o acesso ao mercado de trabalho em condições de igualdade.

O estudo propõe que a reserva de vagas para integrantes de grupos raciais historicamente vulneráveis tem utilidade prática na redução da

desigualdade de oportunidades, em especial no que diz respeito ao acesso a empregos qualificados bem como à sua manutenção por meio do crescimento profissional, reduzindo barreiras de segregação hierárquica que impedem o acesso de pessoas negras a cargos de comando e prestígio.

Para tanto, no tópico seguinte, são examinadas as espécies de ações afirmativas, suas formas de implementação, objetivos e alcance, buscando-se destacar o suporte legislativo nacional que dá amparo à sua adoção como forma de oportunizar a todos a plena igualdade de oportunidades e de contrabalançar os crescentes desequilíbrios socioeconômicos associados à etnia e à raça.

Em seguida, o estudo passa a retratar a abordagem das capacidades como justificativa para a adoção das ações afirmativas no mercado de trabalho, ressaltando aspectos relevantes dos objetivos das ações afirmativas e sua compatibilidade com a teoria do desenvolvimento conforme o pensamento de Amartya Sen. A pesquisa sugere que tais práticas de discriminação positiva se revelam como uma forma de retirada de obstáculos sociais e culturais para o pleno desenvolvimento individual e combate a padrões de exclusão e marginalização.

Por fim, o estudo descreve o modo de implementação de ações afirmativas em prática no Brasil na segunda década do século XXI no intuito de revelar a necessidade de adoção de atos de discriminação positiva e os benefícios decorrentes da redução das desigualdades e da promoção de oportunidades para parcelas da população historicamente vulnerabilizadas.

O artigo realiza uma pesquisa exploratória, sob a forma de um estudo bibliográfico da literatura em livros e bases de artigos em periódicos científicos, buscando-se trabalhos relacionados para um maior aprofundamento nas áreas correlatas, além de uma pesquisa documental.

2 Abordagem das capacidades e ações afirmativas no mercado de trabalho

2.1 As ações afirmativas no mercado de trabalho: conceito, funções e objetivos

De acordo com a pesquisa *Desigualdades Sociais por Cor e Raça no Brasil*, divulgada pelo IBGE em 2019, a população negra compunha

a maior parte da força de trabalho no Brasil (54,9%) em 2018. A proporção de pretos e pardos, contudo, equivaleria a 64,2% das pessoas desempregadas (dois terços), e a das que trabalhavam menos horas do que gostariam ou poderiam a 66,1%. Tais dados revelam que a cor da pele é elemento central na estruturação das desigualdades no Brasil, impactando o acesso ao emprego e os níveis de desenvolvimento. No Brasil, conforme o estudo supracitado, pessoas negras têm menor expectativa de vida, menor remuneração e menor grau de escolaridade do que pessoas brancas. Em contrassenso ao acima exposto, a Constituição Federal de 1988, em seus princípios basilares, assegura a igualdade entre os cidadãos como um valor e uma meta a ser constantemente perseguida.

Acrescenta-se aqui que a isonomia constitucional ultrapassa o mero conceito de igualdade formal, o qual não se apresenta como uma técnica suficiente para sanar a patente desigualdade racial existente, visto que de nada adianta garantir uma igualdade formal cega a pessoas que se encontram atualmente em patamares desiguais.

A Constituição lança a necessidade de busca pela efetiva igualdade material, resultado de uma atuação positiva, seja por parte do Estado, seja por parte da esfera privada, no intuito de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades para fomentar a promoção das liberdades substanciais e das potencialidades dos indivíduos.

Na busca desse propósito, é que são formuladas ações afirmativas, cujo intuito é estimular a integração de grupos vulnerabilizados, o que, pelos caminhos tradicionais, não ocorreria, utilizando-se de programas, projetos e medidas especiais destinados a corrigir desigualdades historicamente vivenciadas.

Em se tratando da questão das dificuldades enfrentadas pela população negra no Brasil, notadamente no que se refere ao acesso ao mercado de trabalho formal, ações afirmativas encaixam-se perfeitamente na necessidade de correção das históricas distorções a que trabalhadores negros têm sido submetidos ao longo dos anos.

Conforme consta da Nota Técnica n. 01/2018, expedida pelo Grupo de Trabalho e Raça do Ministério Público do Trabalho, obtém-se a seguinte definição sobre ações afirmativas:

Ações afirmativas são políticas públicas feitas pelo governo ou pela iniciativa privada com o objetivo de corrigir desigualdades dentre as quais as raciais, objeto desta nota técnica, presentes na sociedade, acumuladas ao longo de anos. Com efeito, uma ação afirmativa busca oferecer igualdade material de oportunidade a todos. E, em assim sendo, é um caso clássico de exemplificação de uma discriminação positiva e, portanto, legítima. (MPT, 2018, p. 3).

São, portanto, políticas públicas ou privadas que devem permear o cenário de decisões políticas e sociais de uma determinada nação ante a constatação de insuficiência de métodos legislativos tradicionais de promoção da igualdade entre os indivíduos.

Gomes (2001) ensina que as ações afirmativas surgiram inicialmente nos Estados Unidos na década de 1960, funcionando como um mero encorajamento por parte do Estado para que ocupantes de cargos com poder decisório considerassem, no processo de tomada de decisões políticas sobre temas sensíveis como a educação e o acesso ao mercado de trabalho, fatores como raça, sexo, origem nacional e gênero no intuito de conferir sua maior representatividade nos diversos segmentos sociais, entre esses o mercado de trabalho. Porém, as ações afirmativas evoluíram substancialmente nas últimas décadas, superando a ideia de serem linhas meramente orientadoras.

A demanda por ações afirmativas se fortalece em meio a uma sociedade cada vez mais dúctil, polarizada por interesses de diversos grupos sociais, políticos e étnicos, muitas vezes minoritários, que buscam voz e representatividade. Assim é que, no contexto de uma sociedade pluralista e democrática, como explica Zagrebelsky (2011), a política constitucional de busca pela igualdade é exercida pelos cambiantes equilíbrios em que se podem efetivar as relações dos indivíduos com o Estado e entre si, enaltecendo-se a convivência através de prudentes soluções cumulativas, combinatórias e compensatórias. Essa transição para esse modo de pensar possibilista e compensatório abre caminho para o surgimento e implementação das ações afirmativas, em especial no acesso ao mercado de trabalho.

No Brasil, as ações afirmativas ganharam notoriedade por meio da decisão da ADPF n. 186 no âmbito do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2012), na qual se assegurou o direito a reservas de vaga (cotas rígidas) para pessoas negras por ocasião do ingresso nas

universidades públicas. O conceito de ações afirmativas, todavia, é mais amplo, sendo as cotas uma espécie entre as diversas modalidades de ações afirmativas encaradas como um gênero. Quando se estabelecem condições de acessibilidade nas vias públicas para pessoas com deficiência ou até mesmo por ocasião de políticas de acesso à renda mínima para parcela da sociedade que vive em condições de miserabilidade, também se está a adotar ações afirmativas.

Ações afirmativas têm um papel transitório na busca pela equalização de situações de disparidade entre parcelas da sociedade que, por motivos históricos, sociais ou culturais, não se encontram em condições de paridade com as demais. Essas ações não foram pensadas para ser implementadas indefinidamente, mas somente pelo tempo necessário para eliminação de desigualdades estruturais existentes dentro do contexto político e social em que se fizeram necessárias. Silva, Nunes e Pina (2020, p. 18) destacam:

As ações afirmativas promovem uma verdadeira transformação cultural e psicológica na sociedade na medida em que operam uma quebra de estereótipos arraigados na visão coletiva, desfazendo a ideia de superioridade de determinados grupos em relação a outros, bem como despertando nos grupos minoritários a consciência de que aquilo que antes lhes era impossível, agora está ao seu alcance, logo, empoderando-os. Desta forma, as ações afirmativas promovem uma mudança positiva na autoimagem daqueles que antes eram preteridos.

Feres (2007) destaca que as ações afirmativas envolvem três aspectos, a saber: reparação, justiça distributiva e diversidade. Tais aspectos, em grau maior ou menor, são objetivos a serem alcançados na adoção de ações afirmativas e demais práticas antidiscriminatórias. É importante diferenciar o conceito de ação afirmativa das políticas puramente antidiscriminatórias, considerando que aquelas buscam não somente reparar os efeitos de práticas discriminatórias, mas também corrigir o problema em sua gênese, combatendo as consequências estruturais e acumuladas da discriminação, enquanto as políticas puramente antidiscriminatórias atuam apenas por meio de repressão aos discriminadores muitas vezes pela imposição de sanções.

Ainda sobre as diferentes modalidades de ações afirmativas, o relatório especial da Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos da ONU (ECOSOC, 2000) identificou que as ações

afirmativas podem ser enquadradas em dois grandes grupos: medidas de mobilização afirmativa e medidas de preferência afirmativa.

As medidas de mobilização afirmativa consubstanciam-se em esforços proativos, normalmente encabeçados por entes públicos, para que seja oferecida capacitação profissional e acadêmica a membros de grupos vulneráveis, viabilizando assim que esses indivíduos concorram a empregos ou tenham acesso a bens e serviços em pé de igualdade com demais membros da sociedade, enaltecendo sempre o valor do mérito como fator determinante no acesso ao bem da vida almejado, independentemente de raça, cor ou outro elemento passível de discriminação.

Por sua vez, as medidas de preferência afirmativa envolvem iniciativas que oferecem acesso a bens da vida, tais como emprego e ensino universitário, com base em raça, gênero ou outro elemento discriminatório, cuja simples presença pressupõe a necessidade de tratamento diferenciado, independentemente do grau de qualificação do indivíduo ou do fator meritório.

Não se desmerece a importância das medidas de mobilização afirmativa no cenário brasileiro, especialmente no que se relaciona à necessidade de qualificação acadêmica e profissional para o acesso ao mercado de trabalho. Contudo, interessa aqui destacar que tais medidas nem sempre produzem efeitos a curto e médio prazo e dependem de forte atuação institucional e política que, frequentemente, não ocorre no Brasil.

A população negra acumula séculos de discriminação racial, sendo necessária a adoção de práticas de discriminação positivas em caráter emergencial, ainda que temporárias, com o fim de corrigir distorções históricas.

Almeida (2018, p. 34) explica que,

ainda que os indivíduos que cometam atos racistas sejam responsabilizados, o olhar estrutural sobre as relações raciais nos leva a concluir que a responsabilização jurídica não é suficiente para que a sociedade deixe de ser uma máquina produtora de desigualdade racial.

Sob essa perspectiva, as medidas de preferência afirmativa serão o foco deste estudo, em especial no tocante ao acesso ao mercado de

trabalho, levando em consideração que essas ações funcionam como catalisadores de mudança social para as presentes e futuras gerações.

Em relação ao suporte legal para a adoção de medidas afirmativas no mercado de trabalho, a Constituição Federal, em seus arts. 1º, 3º e 170, dispõe sobre o valor social do trabalho como fundamento e princípio republicanos, garantindo a todos o acesso a esse bem social sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Na legislação infraconstitucional, o Estatuto da Igualdade Racial confere legalidade às políticas afirmativas de inserção de pessoas negras no mercado de trabalho e estimula a prática de ações afirmativas no setor privado, como se observa no teor do seu art. 39, que atribui ao poder público a responsabilidade por promover ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e ao incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

Similarmente, o combate à discriminação racial é meta da Convenção n. 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, a qual, em seu artigo 2º, dispõe expressamente sobre o comprometimento dos países em formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

Sendo esse o cenário, em posse dos conceitos e nuances das ações afirmativas acima delineadas, passar-se-á a discorrer na próxima seção sobre a correlação entre as ações afirmativas para a inserção de trabalhadores negros no mercado de trabalho e a abordagem das capacidades.

2.2 A abordagem das capacidades como elemento justificador das ações afirmativas no mercado de trabalho

A adoção de ações afirmativas envolve a promoção da efetiva igualdade substancial entre os indivíduos que compõem uma determinada sociedade, conforme explicitado na seção precedente. Este estudo propõe, contudo, que a adoção de ações afirmativas ultrapassa tal finalidade, sendo não só um instrumento de efetivação

da igualdade, mas também uma ferramenta de concretização da liberdade dos indivíduos.

A teoria das capacidades preconizada por Amartya Sen, Martha Nussbaum e outros estudiosos sobre o tema do desenvolvimento humano constitui uma base sólida para fundamentação e justificação da adoção das ações afirmativas e outras formas de discriminação positiva, notadamente voltadas à inserção de minorias étnico-raciais no mercado de trabalho.

Inicialmente, quando aqui se refere à liberdade, não se está a utilizar o conceito tradicional de liberdade nas relações de trabalho que remete à ideia de permitir aos empregados e empregadores estipularem livremente as condições de trabalho a serem acordadas.

Aqui, refere-se à noção de liberdade conceitualizada por Amartya Sen e entendida como a liberdade humana substancial, significando a real capacidade de perseguir funcionamentos e escolhas de vida que o indivíduo reputa como valiosos para si e para seu projeto de vida. Liberdade assim diz respeito à plena possibilidade de aquisição, desenvolvimento e utilização das capacidades humanas para se atingirem os fins desejados, em outras palavras, as funcionalidades que se deseja exercer no projeto pessoal de vida.

Sobre a definição de capacidades, Mantouvalou (2019) destaca que estas são oportunidades substantivas que conferem ao indivíduo a liberdade de se engajar em um determinando funcionamento. São as capacidades que possibilitam ao indivíduo alcançar as condições concretas para livremente perseguir os funcionamentos adequados, no que se pode definir como condição ótima de funcionamento.

Sen (2000) explica que funcionamentos são estados e ações, consistindo no que uma pessoa efetivamente pode ser ou fazer em sua vida. Assim, as funcionalidades se consubstanciam em aptidões variadas que um indivíduo deseja exercer em seu projeto pessoal de vida em frente aos diversos caminhos que pode perseguir na busca por suas metas.

As capacidades, por sua vez, retratam o conjunto de liberdades substanciais que uma pessoa tem de escolher entre essa ou aquela funcionalidade. As capacidades são fruto do poder de escolha entre o exercício de diversas funcionalidades possíveis.

As capacidades podem ser inatas ao indivíduo ou mesmo desenvolvidas ao longo da vida, sendo a medida dessas capacidades fator representativo do bem-estar individual e do desenvolvimento de uma nação livre.

Sen (2000) enaltece o valor da liberdade, a ser maximizada como forma de efetivamente se garantir o desenvolvimento humano,^[3] que inevitavelmente perpassa pelo poder da escolha entre as mais variadas opções de vida que a posse de determinadas capacidades confere ao indivíduo, considerando que mais vale o que as pessoas são capazes de fazer do que aquilo que elas efetivamente optam por acabar fazendo.

Conforme explica Fredman (2008), para se atingir a liberdade em um grau valioso, os indivíduos devem ter acesso aos recursos necessários para alcançar metas significativas, sendo o exemplo de alguns deles o acesso a comida, moradia, educação e trabalho.

Para tanto, Fredman (2008) ressalta a necessidade de imposição de uma agenda positiva governamental para proteger direitos sociais e econômicos como forma de contribuir para o alcance da liberdade substancial defendida pela abordagem das capacidades.

Tais direitos sociais, conforme Deakin e Wilkinson (2005), empoderam indivíduos com os meios necessários para atingir o seu potencial de um modo sustentável, aumentando o bem-estar social como um todo e sendo uma instanciamento do conceito de capacidade. Outra não é a conclusão de Sen ao sustentar que o desenvolvimento exige a remoção das maiores fontes de antiliberdades, tais como pobreza, tirania, depravação social sistemática, repressão estatal e poucas oportunidades sociais e econômicas.

Exatamente nesse campo de ideias é que a abordagem das capacidades vem oferecer uma narrativa fresca à necessidade de adoção de ações afirmativas para o ingresso de pessoas negras no mercado de trabalho formal, visto que tais ações consubstanciam-se em práticas e políticas que visam à remoção das obstruções sociais e materiais à habilidade individual de construir capacidades e perseguir as metas valiosas da vida por meio da realização do capital humano.

Os indivíduos adquirem, ao longo de sua maturidade, um conjunto de capacidades internas tais como a habilidade de ler e escrever, sendo

possível, no entanto, que jamais tenham a possibilidade de usá-las. E aqui adentra a importância do conceito das capacidades combinadas, ou seja, a fusão de capacidades internas adquiridas e sua interação com um meio ambiente social e político que permita o seu efetivo desenvolvimento e o consequente alcance da qualidade de vida (NUSSBAUM, 2013).

O ambiente de trabalho constitui um desses locais para o desenvolvimento de capacidades. É um cenário propício para o exercício do trabalho entendido como um bem humano básico, não só por ser fator gerador de renda, mas principalmente por promover a dignidade, que é decorrente de seu exercício.

Sobre o tema das capacidades, Nussbaum (2013) desenvolveu uma lista de dez capacidades básicas^[4] que deveriam estar presentes em patamar constitucional em nações comprometidas com a promoção da dignidade e desenvolvimento humano.

Ainda que não tenha feito referência expressa ao trabalho, Nussbaum (2013) explica, na definição de uma das suas capacidades básicas, que caberia ao Estado garantir aos cidadãos o controle sobre o ambiente material em que estão inseridos.

O trabalho, como fator gerador de renda e dignidade, é um dos funcionamentos pelos quais as pessoas podem exercitar o controle sobre seu ambiente material, modificando-o e otimizando-o, sendo forçoso reconhecer que a busca por um emprego significativo em pé de igualdade com os demais é elemento central das capacidades em Nussbaum e da promoção da dignidade humana.

As pessoas precisam estar aptas a ter acesso ao trabalho para conseguir os meios de controle de seu ambiente, o que inevitavelmente conduz à necessidade premente de o Estado, por meio de suas autoridades competentes, assumir uma postura não somente negativa de respeito às liberdades individuais civis e políticas, mas também uma atuação positiva para garantir o acesso ao trabalho em condição de igualdade de oportunidades. E aqui, ressalta-se, não apenas o Estado, mas também os atores privados devem compartilhar dessa atuação positiva no sentido de promover toda medida possível para garantir a liberdade substancial de se fazer ou ser o que se deseja. Mantouvalou (2019, p. 213) discorre acertadamente sobre o tema:

A existência de oportunidades de trabalho, isoladamente, não é suficiente pelo escopo da abordagem das capacidades, ao menos que essas oportunidades sejam sensíveis às circunstâncias individuais das pessoas porque a abordagem das capacidades atenta para o que as pessoas de fato são capazes de fazer e ser. (Tradução livre).

A abordagem das capacidades enfatiza a atuação positiva por parte do Estado e da esfera privada na soma de esforços não somente para a redução da hipossuficiência do trabalhador e combate ao desemprego, mas principalmente para a valorização e promoção dos seus conhecimentos e habilidades, considerando as peculiaridades de cada indivíduo, o que invariavelmente cria liberdade substancial na dimensão do trabalho.

Portanto, quando empresas privadas como Magazine Luiza, Bayer, Carrefour, P&G, entre outras, lançam programas de reservas de vagas, cotas rígidas ou outras formas de ações afirmativas para garantir o acesso, a permanência e a ascensão profissional de minorias étnico-raciais, como pessoas negras, no mercado de trabalho, criam oportunidades sociais, sensíveis em acomodar as dificuldades historicamente impostas a grupos vulnerabilizados para a aquisição e utilização de capacidades e sua consequente conversão em funcionamentos.

Nesse ponto, Sen (2000) trata com clareza a visão que a abordagem das capacidades tem a respeito dos desafios e barreiras individualmente enfrentados na busca pela liberdade e bens da vida como o trabalho. Diferentemente de Rawls (2016) – que, em sua teoria da justiça, pressupõe que todos são, grosso modo, iguais, devendo-se estabelecer o foco inicialmente no funcionamento justo das instituições sociais básicas para somente depois se tratar das potenciais desigualdades criadas por características pessoais como mobilidade, força, talento etc.–, Sen entende que tais particularidades são, contrariamente, o ponto de partida definidor do que as pessoas de fato têm a capacidade de ser ou fazer.

As diferenças físicas e culturais, para Sen, desempenham um relevante papel para que seja identificado que direitos um indivíduo precisa ter garantidos ou maximizados para o exercício do funcionamento desejado, ou seja, analisa-se a atual situação em que o indivíduo se encontra para se viabilizarem eventuais medidas de reequilíbrio.

Assim é que pontos de partida pessoais desvantajosos são o elemento central da abordagem das capacidades, devendo tais desigualdades ser afastadas ou, em outras palavras, ser objeto de atenção especial por parte de atores públicos e privados mediante a adoção de práticas positivas e negativas para efetivação da liberdade substancial.

Sobre o tema, Zambam e Leal (2020, p. 174) destacam:

[A]s pessoas dependem do Estado e da sociedade enquanto promotores de papéis de sustentação (proteção e fortalecimento de capacidades (*capabilities*), e “não de entrega sob encomenda” (SEN, 2010b, p. 77). Ou seja, demonstra que sua promoção não prescinde de ações positivas pelos agentes (estatais e/ou não estatais), a fim de disponibilizar recursos (financeiros, humanos e estruturais) com o intuito de garantir os direitos sociais, que são imprescindíveis à alavancagem das capacitações (*capabilities*).

Logo, trabalhadores em situações específicas podem necessitar de proteção legal, enquanto outros não. Sendo assim, as ações afirmativas no mercado de trabalho funcionam como medidas de proteção instrumentais para o bem-estar, para o desenvolvimento e para a liberdade dos indivíduos na busca pelo que valorizam.

Com efeito, retornando à questão da discriminação racial – foco deste artigo –, resta claro que à população negra têm sido impostos obstáculos à sua inserção e participação no mercado de trabalho, em especial no mercado formal e na ocupação de cargos qualificados.^[5] O racismo e a discriminação racial justificam a adoção de ações afirmativas por parte de empresas no Brasil e no mundo, consistentes em reservas de vagas para pessoas negras ou ainda outras formas de discriminações positivas preferenciais com vistas a preencher a lacuna historicamente vivenciada pelos trabalhadores negros, a fim de possibilitar o pleno exercício de suas capacidades e a busca por seus funcionamentos na dimensão do trabalho.

Nesse contexto, na próxima seção, pretende-se apresentar os principais projetos e programas afirmativos de inserção de trabalhadores negros no mercado laboral brasileiro, bem como exemplos bem-sucedidos em outros países do mundo, retratando-se brevemente o cenário discriminatório existente e a premente necessidade de mudanças estruturais.

2.3 Ações afirmativas para inserção qualitativa de trabalhadores negros no mercado de trabalho por parte de empresas privadas: exemplos de casos práticos e análise de potenciais impactos em favor da equidade racial

Para além da inserção quantitativa de trabalhadores negros no mercado de trabalho, faz-se relevante discorrer sobre a sua inserção qualitativa, levando em consideração aspectos relativos à posição hierárquica das vagas ocupadas. Ao longo dos últimos meses, ganhou notoriedade na mídia o caso do programa de reservas de vagas de *trainees* exclusivamente para trabalhadores negros realizado pela empresa Magazine Luiza (Magalu) para preenchimento de vagas com perfil gerencial.

Conforme notícia jornalística do jornal *O Estado de São Paulo* (NASCIMENTO, 2020), a empresa Magalu constatara que 53% do seu quadro de funcionários era composto por pretos e pardos, porém apenas 16% desse percentual ocupavam cargos de liderança e, diante desse cenário, adotou como política institucional a reserva das supracitadas vagas a serem ofertadas no ano de 2021 a universitários e recém-formados negros de todo Brasil no início da vida profissional. O salário era de R\$ 6.600,00 mais bônus de contratação de 1 salário. Os benefícios incluíam plano médico e odontológico, previdência privada, desconto em produtos, teletrabalho híbrido e ainda auxílio financeiro para estudo de inglês.

De forma semelhante, a empresa Bayer, multinacional alemã de saúde e agricultura, abriu oportunidades voltadas para jovens negros no programa "Liderança Negra" (NASCIMENTO, 2020), destinado a profissionais negros graduados ou pós-graduados entre dezembro de 2017 e dezembro de 2020 em qualquer curso com benefícios semelhantes aos descritos no parágrafo precedente.

Esses são apenas dois exemplos de práticas afirmativas, incentivadas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Igualdade Racial, que têm ganhado espaço no cenário laboral no Brasil, notadamente no que diz respeito ao acesso de minorias étnicas a postos de trabalho voltados ao exercício de funções de liderança e gerenciamento, que, historicamente, são ocupados por um nicho de profissionais bem definido: homens, brancos, aparentemente heterossexuais e sem deficiências.

Esse afunilamento hierárquico é decorrência do próprio histórico jus-laboralista colonial do Brasil, herdeiro de padrões eurocêntricos que moldaram a divisão social do trabalho com base em fatores como a raça e o gênero. Tal segregação tem perdurado até a modernidade, acarretando uma vinculação da branquitude masculina com postos de trabalho qualificados e bem remunerados (QUIJANO, 2005).

Essa sistemática de divisão racial do trabalho tem relegado aos trabalhadores negros posições de menor destaque, legitimando posições de sujeições sociais que se refletem negativamente no acesso de pessoas negras ao mercado de trabalho, situação essa que somente se agrava quando se pensa na interseccionalidade de fatores discriminatórios como raça, gênero e orientação sexual. Muradas e Pereira (2018, p. 2135) descrevem tal situação ao destacar:

Eles estão confinados em ocupações de baixa remuneração e, por isso, possuem capacidade limitada de investir na saúde e educação de suas famílias, o que, por sua vez, obsta o desenvolvimento geral e perspectivas de crescimento, não apenas para eles mesmos, mas para as gerações seguintes, cristalizando desigualdades sobrepostas estratificadas desde o colonialismo.

Nesse cenário, um dos objetivos de tais ações afirmativas é quebrar o chamado teto de vidro, termo comumente utilizado no combate à discriminação de gênero nas relações de trabalho que busca traduzir as barreiras enfrentadas pelas mulheres no processo de ascensão a cargos de chefia e liderança no âmbito das grandes corporações (BERTOLIN, 2017). No caso do acesso à população negra aos cargos de prestígio, essa barreira, que no caso das mulheres é aparentemente invisível e sutil, passa a ganhar um fenótipo conhecido, a cor da pele negra.

Em estudos realizados pelo Instituto Ethos em parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV), o Instituto de Pesquisas Aplicadas (Ipea) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), entre outros, traçou-se o perfil racial, social e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil (ETHOS, 2016), tendo-se chegado a dados impactantes sobre a participação de trabalhadores negros no mercado de trabalho, notadamente no que diz respeito à ocupação de vagas de alto escalão.

Apurou-se que a distribuição de pessoas negras por cargos de liderança nas grandes empresas é significativamente inferior em comparação

à ocupação de tais cargos por pessoas brancas. Os dados revelaram que, dos cargos vinculados a Conselhos de Administração, os brancos ocupam 95,1% das vagas, enquanto os trabalhadores negros apenas 4,9%. Nas vagas ligadas ao quadro executivo das empresas, a disparidade permanece, com brancos ocupando 94,2% das vagas em comparação com 4,7% de ocupação negra. Vagas de gerência também são majoritariamente ocupadas por pessoas brancas (90,1%); por outro lado, pessoas negras ocupam apenas 6,3% de tais vagas.

Reforçando as constatações acima referenciadas, reportagem da revista *Veja* (GIMENES, 2020) descreve que um relatório publicado pelo portal eletrônico de recrutamento e seleção de pessoas "VAGAS.com" em agosto de 2020 atestou que os trabalhadores negros ocupam majoritariamente posições operacionais e técnicas no mercado de trabalho, estando numa clara situação de sub-representatividade na ocupação de cargos diretivos. Conforme os dados publicados pelo portal supracitado, 52,4% dos usuários analisados são negros e 43,3% brancos. Do total de trabalhadores negros, cerca de 9% estão em cargos de nível pleno. No cargo de direção, a diferença seria ainda mais acentuada, com apenas 0,7% de todos os trabalhadores negros registrados no "VAGAS.com" estando empregados nessa posição.

O quadro acima delineado reflete um problema de ordem constitucional sobre discriminação de raça e acesso ao mercado de trabalho, uma vez que se verifica um verdadeiro afunilamento hierárquico que reflete a diminuição da presença de trabalhadores negros nos quadros corporativos à medida que crescem as atribuições de comando de um determinado cargo.

Tal discriminação, seja ocupacional, seja por imagem, desperta a atenção para a necessidade de adoção de ações, programas, projetos e medidas especiais para corrigir desigualdades raciais por meio da igualdade de oportunidades.

A despeito da importância da realização de ações afirmativas por parte das instituições estatais, busca-se, nesta seção, dar foco à importância da atuação da esfera privada por meio da adoção dessas ações por parte de empresas comprometidas com a redução das desigualdades com vistas à promoção do desenvolvimento humano.

Iniciativas afirmativas como as praticadas pelas empresas exemplificadas acima, apesar de pontuais, atuam como farol a indicar a direção a ser perseguida pelo mundo empresarial na busca pela equidade racial, visto que, conforme os dados do citado relatório *Perfil Racial, Social e de Gênero das 500 maiores empresas do Brasil* (ETHOS, 2016), apenas 12% das empresas possuem alguma política de promoção de igualdade de oportunidades para pessoas negras.

Sob outro prisma, aponta-se que a diversidade do mercado de trabalho funciona não somente como fator de inclusão e representatividade, mas também como catalisador de produtividade e inovação. A inclusão é um diferencial competitivo que pode gerar benefícios para a atividade empresarial. Em uma empresa inclusiva, abre-se espaço para novos pontos de vista empresariais, novas estratégias de marketing e avanços que permaneceriam inexplorados diante de uma empresa monoculturalmente composta, sem mencionar o aproveitamento de talentos.

Ações afirmativas para inclusão de trabalhadores negros do mercado de trabalho têm efeitos potencialmente benéficos não só no quesito ético-moral relacionado à redução de desigualdades históricas que contribuem para o cenário do racismo institucional e estrutural instaurado em nossa sociedade, mas também em imprimir ganhos nas atividades empresariais, estabelecendo uma intrínseca relação entre a rentabilidade e o sucesso de estratégias de promoção da igualdade de oportunidades.

Apesar de os indicadores de monitoramento e avaliação dessas ações afirmativas no mercado de trabalho brasileiro ainda serem incipientes e pouco explorados, já que as mencionadas ações afirmativas são descentralizadas e pontuais, não há dúvidas de que seus resultados prometem ser encorajadores, sendo uma ferramenta indispensável para se eliminar a discriminação racial.^[6]

Em uma análise comparativa, traz-se à tona a questão do acesso da população negra ao ensino superior após a política de cotas institucionalizada pelas universidades públicas. Segundo dados do Ipea, por ocasião da publicação de estudos sobre políticas sociais da juventude no Brasil, mais de 98 mil jovens negros entraram, entre os anos de 2002 e 2009, no ensino superior por meio de ações afirmativas preferenciais para o ingresso em universidades públicas ou por programas

de financiamento estudantil, aumentando o percentual de participação de pessoas negras no ensino superior de 20,8% para 38,9%.

O aumento no acesso ao ensino superior por parte dos jovens negros, aliado às ações afirmativas pontualmente levadas a cabo por empresas engajadas no combate à discriminação racial, tem já demonstrado resultados iniciais. Dados preliminares do relatório *Perfil Racial, Social e de Gênero das 500 maiores empresas do Brasil* (ETHOS, 2016) apontaram crescimento da participação de pessoas negras na ocupação de vagas de *trainees* nas empresas analisadas com o consequente aumento percentual de 41,3% para 58,2%, o que infelizmente não tem se sustentando nos níveis hierárquicos subsequentes das empresas.

Políticas afirmativas de cunho público e privado devem ser implementadas para a inclusão dos trabalhadores negros no processo de desenvolvimento coletivo e são instrumentos valiosos para a maximização da liberdade dos indivíduos, já que a liberdade substantiva envolve o pleno exercício das capacidades em situação de igualdade com os demais, o que historicamente tem sido negado à população negra no Brasil. Este artigo também propõe que as iniciativas aqui citadas constituam um ponto inicial para a reflexão acerca de políticas que incentivem a adoção de ações afirmativas.^[7]

A discriminação positiva que viabiliza a inclusão dos negros no mercado de trabalho, em espaços que historicamente lhe foram negados, é medida necessária para uma sociedade mais livre, na qual os indivíduos historicamente vulneráveis possam ter removidos obstáculos institucionais e culturais que lhe impeçam o pleno desenvolvimento das capacidades em condições de igualdade com as demais parcelas da sociedade, cabendo não só ao Estado, mas também aos principais atores privados, uma atuação positiva na implementação de uma agenda de combate à discriminação.

3 Conclusão

Por séculos, trabalhadores negros não tiveram acesso a direitos fundamentais como acesso a saúde, educação, moradia, condições dignas de trabalho, entre outros, e tal detrimento de direitos foi gerado pela discriminação racial ainda presente nos dias de hoje.

Esses trabalhadores têm historicamente enfrentado obstáculos ao pleno desenvolvimento de suas capacidades e conseqüentemente ao exercício das funcionalidades que almejam desempenhar. Tais barreiras são reflexos de um racismo estrutural e institucional que permeia as diversas camadas e estratificações sociais, impedindo que minorias étnico-raciais vulneráveis alcancem e exerçam a plenitude de seu potencial em condições de igualdade com as demais parcelas da sociedade.

Especificamente no que concerne ao mercado de trabalho, as oportunidades de acesso a postos por negros são baixas tanto quantitativa como qualitativamente. A ausência de pessoas negras nos quadros corporativos é uma realidade – cenário que exige a atuação de instituições públicas e privadas na redução das lacunas históricas que afetam o acesso ao emprego significativo.

As ações afirmativas têm ganhado espaço no Brasil e no mundo como ferramenta útil e necessária para a redução das desigualdades que impedem a adequada representatividade negra nos quadros corporativos.

Para além da justificativa teórica para a adoção de ações afirmativas a fim de inserir trabalhadores negros no mercado de trabalho, defende-se aqui que práticas afirmativas como reserva de vagas, estabelecimento de quotas ou incentivos à qualificação de grupos vulneráveis são instrumentos de maximização da liberdade dos indivíduos, sendo o conceito de liberdade aqui entendido à luz da abordagem das capacidades desenvolvida por Amartya Sen e Martha Nussbaum.

Assim, a liberdade substantiva, tida como meio e fim do desenvolvimento humano, envolve a remoção de barreiras e obstáculos históricos que impedem a posse e a utilização de capacidades dos indivíduos na busca pelas metas de vida reputadas como valiosas, sendo o acesso ao trabalho uma delas.

As ações afirmativas têm um promissor impacto positivo na redução e remoção dessas barreiras, encurtando distâncias, fomentando a possibilidade de desenvolvimento e utilização de capacidades e de exercício de funcionamentos que pelas vias tradicionais não ocorreriam a contento, redesenhando a estrutura histórico-social em que estão inseridos os trabalhadores negros e evitando a amputação de possibilidades. As práticas afirmativas são, portanto, peças fundamentais na

luta pela redução de desigualdades, pela igualdade de oportunidades e pela maximização de liberdades na busca pelo bem-estar social e desenvolvimento humano.

Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ALVES, Raissa Roussenq. **Entre o silêncio e a negação:** trabalho escravo contemporâneo sob a ótica da população negra. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **Mulheres na advocacia:** padrões masculinos de carreira ou teto de vidro. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADPF n. 186/DF.** Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Alegada ofensa aos arts. 1º, *caput*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, *caput*, 205, 206, *caput*, I, 207, *caput*, e 208, V, todos da Constituição Federal. Ação julgada improcedente. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012.

CUNHA, Joana. Finalistas no *trainee* do Magalu para negros fazem balé, têm intercâmbio e bolsa e falam iorubá. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2 jan. 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/01/finalistas-no-trainee-do-magalu-para-negros-fazem-bale-tem-intercambio-e-bolsa-e-falam-ioruba.shtml?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=twfolha. Acesso em: 2 jan. 2021.

DEAKIN, Simon; WILKINSON, Frank. **The law of the labour market.** Oxford: Oxford Monographs on Labour Law, 2005.

ECOSOC – CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU. Subcomissão para a promoção e proteção dos direitos humanos. **The concept and practice of affirmative action.** Genebra: ONU, 2000. E/Cn. 4/Sub.2/2002/21. Disponível em: http://hrlibrary.umn.edu/demo/Bossuyt_AffirmativeAction.pdf. Acesso em: 22 out. 2020.

ETHOS. **Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas.** São Paulo: ETHOS, 2016. Disponível em:

<https://www.ethos.org.br/cedoc/perfil-social-racial-e-de-genero-das-500-maiores-empresas-do-brasil-e-suas-aco-es-afirmativas/>. Acesso em: 28 out. 2020.

FERES, João Júnior. **Comparando justificativas das políticas de ação afirmativa: EUA e Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007.

FIGUEIREDO, A.; GROSFOGUEL, R. Racismo à brasileira ou racismo sem racistas: colonialidade do poder e a negação do racismo no espaço universitário. **Revista Sociedade e Cultura**, Goiânia, v. 12, n. 2, p. 223-234, 2010. Disponível em: <http://www.revistas.ufg.br/index.php/fchf/article/view/9096>. Acesso em: 4 nov. 2020.

FREDMAN, Sandra. **Human rights transformed**. Positive rights and positive duties. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GIMENES, Diego. Mercado de trabalho: negros são minoria em cargos de médio e alto escalão. **Revista Veja**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/mercado-de-trabalho-negros-sao-minoria-em-cargos-de-medio-e-alto-escalao>. Acesso em: 1º nov. 2020.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: set. 2022.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Juventude e políticas sociais no Brasil**. CASTRO, Jorge Abrahão de; AQUINO, Luseni Maria C. de; ANDRADE, Carla Coelho de (org.). Brasília: Ipea, 2009. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livro_juventudepolitica.pdf. Acesso em: 4 nov. 2020.

LESZCZYŃSKA, M. Mandatory quotas for women on boards of directors in the European Union: harmful to or good for company performance? **European Business Organization Law Review**, Dordrecht, n. 19, p. 35-61, 2018. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s40804-017-0095-x>. Acesso em: out. 2022.

MANTOUVALOU, Virginia. Work, human rights and human capabilities. In: LANGILLE, Brian. **The capability approach to labour law**. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 202-217.

MPT – MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Nota Técnica GT de Raça n. 01, de 06 de agosto de 2018**. Brasília: MPT, 2018. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/document.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

MURADAS, Daniela; PEREIRA, Flávia Sousa Máximo. Decolonialidade do saber e direito do trabalho brasileiro: sujeições interseccionais contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2117-2142, dez. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30370>. Acesso em: 30 dez. 2018.

NASCIMENTO, Talita. Magazine Luiza aceitará apenas negros em próximo programa de *trainee*. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 2020. [Online]. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,magazine-luiza-so-aceitara-negros-em-proximo-programa-de-trainee,70003443497>. Acesso em: 9 nov. 2020.

NUSSBAUM, M.C. **Creating capabilities: the human development approach**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 111, de 1958**. Genebra: OIT, 1958. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang-pt/index.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Estudos sobre crescimento com equidade**. Brasil: uma estratégia inovadora alcançada pela renda. Genebra: OIT, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_153770.pdf. Acesso em: 2 nov. 2020.

PECK, Jennifer R. Can hiring quotas work? The effect of the Nitaqat program on the Saudi private sector. **American Economic Journal: Economic Policy**, Nashville, v. 9, n. 2, p. 316-347, maio 2017. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/26156408>. Acesso em: 9 jan. 2021.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Juvêncio Borges da; NUNES, Danilo Henrique; PINA, Selma Tomé. O direito fundamental ao trabalho e a equidade racial e de gênero: A redistribuição e o reconhecimento como condição da efetivação da igualdade no âmbito das relações de trabalho. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n. 42, p. 373-404, jan./jun 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/685/987>. Acesso em: 10 dez. 2020

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ZAMBAM, Neuro José; LEAL, Dionis Janner. A pobreza como privação de capacitações (*capabilities*): referências sobre a necessidade de políticas públicas no Brasil em tempos de grave crise. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 11, n. 2, p. 167-185, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/1310/726>. Acesso em: 9 jan. 2021.

Notas

- [1] O racismo estrutural constitui um sistema, um conjunto de práticas sociais, culturais, políticas, religiosas e históricas desenvolvidas e mantidas em uma sociedade de modo a manter e perpetuar hierarquização de um grupo social, mediante a manutenção de dominações, privilégios, legalizações, relações de poder e de submissão.
- [2] O racismo institucional é configurado por uma manifestação difusa, dispersa e inconsciente evidenciada no funcionamento das instituições nos setores públicos e privados. Ele se manifesta pela forma de distribuição de oportunidades, benefícios, serviços e políticas públicas a grupos da população em detrimento dos demais grupos.
- [3] Segundo dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento obtidos no sítio eletrônico <https://www.undp.org/pt/brazil/desenvolvimento-humano-e-idh-0>, o conceito de desenvolvimento humano nasceu definido como um processo de ampliação das escolhas das pessoas para que elas tenham capacidades e oportunidades para serem aquilo que desejam ser. Diferentemente da perspectiva do crescimento econômico, que vê o bem-estar de uma sociedade apenas pelos recursos ou pela renda que ela pode gerar, a abordagem de desenvolvimento humano procura olhar diretamente para as pessoas, suas oportunidades e capacidades.
- [4] Conforme Nussbaum, são dez as capacidades: vida; saúde física; integridade física; sentidos, imaginação e pensamento; emoções; razão prática; afiliação; relação com outras espécies; lazer; controle sobre o meio ambiente político e material.
- [5] Sobre a exclusão histórica dos trabalhadores negros no Mercado de trabalho pelas próprias leis trabalhistas, ver ALVES, Raíssa Roussenq. **Entre o silêncio e a negação**: trabalho escravo contemporâneo sob a ótica da população negra. Belo Horizonte: Letramento, 2019.
- [6] Ainda não foram publicados trabalhos científicos analisando os resultados dessas iniciativas, porém um artigo jornalístico traz considerações iniciais interessantes. Conforme reportagem publicada pelo jornal *Folha de São Paulo*, Cunha relata que a média de idade dos candidatos do Programa de Trainee da Magazine Luiza foi de 28 anos e que 70% dos candidatos cursaram faculdade particular. A impressão inicial é que os candidatos se encontravam em postos no mercado de trabalho inferiores ao que sua qualificação possibilitava (CUNHA, 2021).
- [7] Devem fazer parte dessas reflexões estudos empíricos moldados para avaliar os impactos desses programas a partir da realidade concreta do nosso mercado de trabalho. Para exemplos de estudos desse tipo no que concerne

a outras formas de ações afirmativas em empresas privadas, ver Leszczyńska (2018) e Peck (2017). Conforme Peck (2017, p. 320), os efeitos dessas ações afirmativas “dependem do tipo de discriminação sendo modelado e do contexto particular do mercado de trabalho” (tradução livre).

A paternidade como dom para além da justiça: revisitando Aristóteles a partir de Donati e Botturi

Paulo Vasconcelos Jacobina

Procurador Regional da República. Mestre em Direito Econômico. Especialista em Direito Sanitário. Licenciado em Filosofia. Bacharel em Teologia e em Direito.

Resumo: A partir da constatação de que a família continua sendo uma categoria essencial para a vida humana, principalmente como vida social, pretende-se resgatar o significado do dom como central para a compreensão das relações familiares, em especial da relação paterna. Assim, o dom não pode se enquadrar estritamente na virtude aristotélica da justiça, nem na lógica capitalista da troca, mas é capaz de permitir repensar a natureza das relações familiares de um modo mais frutuoso.

Palavras-chave: família; paternidade; dom; troca; justiça.

Sumário: 1 Palavras de introdução. 2 O dom no pensamento contemporâneo. 3 O dom e a virtude da justiça em Aristóteles. 4 Pequenas conclusões.

1 Palavras de introdução

A família é uma daquelas realidades das quais tanto se anuncia a morte, apenas para vê-la multiplicar-se numa dinâmica ainda maior. No meio de tantos conflitos entre aqueles que defendem uma *naturalização* da família, como se o modo moderno de compreendê-la fosse semelhante àquele pelo qual a natureza organiza os formigueiros e colmeias, sem dar-se conta da sua *dinâmica* interior, e aqueles que a subordinam a um relativismo cultural completo, como se ela fosse tudo aquilo que se quisesse e só isto, cresce a sua plasticidade e a sua capacidade de adaptar-se.

De fato, num século com tantas guerras e destruições, ainda não se viu alguém levantar em meio aos escombros e gritar: "Onde estão meus deputados?" ou "Cadê os ministros e os juízes?" A cada conflito, as

pessoas buscam, em meio aos escombros, com dor nos corações, pelos seus familiares. Isso é um indício de que a família sobrevive mesmo ali onde já não há Estado. Nem cultura. Quem são os familiares? As pessoas parecem simplesmente saber.

Neste contexto, houve um crescimento das reivindicações femininas, frente àquilo que foi percebido como injusto com o seu gênero. O masculino foi denunciado como tóxico, patriarcalista, dominador; houve, aqui, portanto, uma naturalização ao contrário: os homens parecem ser condenados, por nascimento, a serem vis, egoístas e dominadores. Pode não ser assim de modo absoluto, mas pode ser que tenhamos perdido de vista aquilo que possibilita que as coisas não sejam assim.

Por isso, o presente estudo visa resgatar a categoria do *dom* como central para a masculinidade, e, portanto, a necessidade da paternidade para a completude do homem. Para tanto, retomaremos um pouco os debates sobre o *dom* no pensamento contemporâneo, a partir de um texto de Fornasier (2018); com a riqueza que ele nos proporciona, revisitaremos a *virtude da justiça* em Aristóteles, em especial na sua *Ética a Nicômaco*, a fim de concluir com algumas observações sobre a relação que pode existir entre a *masculinidade*, a *paternidade* e o *dom*, em especial na família.

2 O dom no pensamento contemporâneo

Num artigo muito interessante, denominado “Liberdade, relação, pertença e dom na família: contribuições da sociologia de Pierpaolo Donati e da filosofia de Francesco Botturi”, o professor Fornasier faz um debate bastante esclarecedor sobre a questão da *liberdade em relação*, associando-a à noção de *dom*, que foi, de certo modo, diminuída ou mesmo desprezada pela cultura predominante, estabelecida em torno do *poder* e do *mercado*.

De fato, o *dom* é uma categoria essencial para que se possa compreender a vinculação que existe entre a *liberdade* e a *relação*. Se as liberdades não se relacionam por meio do *dom*, então as relações decaem em *despotismo*:^[1] aposta-se tudo na capacidade de autonomia, menosprezando a interdependência relacional. É a categoria do *dom* que concilia as pretensões de tendência ao absoluto de uma

liberdade abstrata, por um lado, com a concretização intra-histórica de sua relação com outras liberdades.

A relação entre liberdades, diz o autor, evoca a figura da *gratuidade*, porque liberdades que se relacionam não podem forçar-se reciprocamente sem contradizer-se como liberdades. No entanto, é preciso refletir com mais cuidado sobre a categoria do *dom*, porque esta categoria parece ligar-se ao ideal de um amor puro, desinteressado, que não pode envolver-se em relações de reciprocidade, de transações, de troca, sem *contaminar-se* em sua gratuidade.

Isto nos leva ao chamado *paradoxo do dom*, sobre o qual reflete o filósofo Botturi, a partir do confronto entre as ideias de Jacques Derrida e Jean-Luc Marion. Botturi considera que a chamada *ontologia finita*, o limite existencial do ser humano, leva-o à tendência de tentar transformar o *dom* do reconhecimento, o recebimento do outro, num *temor alienante*, para não perder o poder, o controle sobre si e sobre o outro.

De fato, Derrida, avaliando a categoria do *dom*, entende que o *paradoxo da gratuidade* somente seria resolvido se o *dom* for *verdadeiro*, isto é, se ele escapar completamente do terreno da *troca*. Isto é, o *dom* deveria ser incondicionado e, no limite, invisível e ignorado, de tal modo que nem os interessados, doador e donatário, pudessem percebê-lo como um *dom*. Somente assim ele escaparia de qualquer reciprocidade, de qualquer interesse.^[2]

Botturi ressalta, no entanto, que a posição de Derrida transformaria o próprio *dom* em algo *impossível de ser vivido na concretude do cotidiano*, relegando-o ao extraordinário. Eis porque ele se vale do pensamento de Marion para resgatar o *dom* de volta à vida ordinária.

Para Marion, diz Botturi, ninguém poderia concretizar um *dom* sem dar-se conta disto; mas tampouco o fato de que o donatário *apercebe-se do dom* representaria uma descaracterização da sua natureza, sua *razão de doação*. O *dom* existe porque o doador não espera recompensa, nem o donatário está constituído em dívida. Mas isto não significa, diz Botturi, que não haja uma *relação de reconhecimento*, que gera, em contrapartida ao *dom*, uma valorização do doador pelo donatário; isto implica, pois, uma certa reciprocidade.

Neste passo, Botturi (*apud* FORNASIER, 2018, p. 515) aponta justamente a *paternidade* como um exemplo típico da justa relação entre doador e donatário. Quando o pai gera o filho, no instante mesmo de sua geração deve *retrair-se*, ausentando-se de pretensões de cobrança, para estabelecer uma relação de *gratuidade* com o filho. Este, por sua vez, não poderia jamais restituir o dom, porque a vida *não é mensurável* no espaço de troca. No entanto, é claro que todo pai quer ser reconhecido pelo filho como pai; ele espera, legitimamente, essa resposta. Mas, se é um bom pai, ele não gerou o filho visando a resposta, ou seja, o *fim do dom não é a obrigação de gratidão*.

Neste quadro, a resposta do filho é, ela também, um *dom*: o dom do agradecimento, que não macula a gratuidade do dom da geração paterna; rejeitar ou declarar maculada a gratuidade dessa geração em razão da expectativa recíproca do dom da gratidão, como quer Derrida, não seria preservar a gratuidade, mas *promover uma autossuficiência orgulhosa e o sentido imperial da própria potência, assinalando uma consideração servil do outro, sendo servo justamente aquele que se espera servir, mas não a iniciativa de sua liberdade* (BOTTURI *apud* FORNASIER, 2018, p. 515).

Assim, deslocando-se a atenção de uma *pureza do dom* abstrata e absoluta, como queria Derrida, para a sua *relacionalidade concreta*, Botturi declara superado o paradoxo, vencida a aporia do dom, porque, inserido na categoria da relação, ele envolve um reconhecimento recíproco não intercambiável. O interesse, aqui, é reconhecer livremente e ser reconhecido pelo outro na sua liberdade de sujeito. A gratuidade se expressa, então, como *uma medida ideal em que a graça relaciona uma liberdade a outra liberdade*. Esta medida é ideal, de certo, mas não é uma abstração inalcançável, senão um critério de realidade. Se o dom implica o livre reconhecimento do outro como igualmente livre e digno de recebê-lo, e a resposta não guarda (e nem deve guardar) *proporção* com o dom, mas representa o reconhecimento contraposto, que instaura um vínculo entre sujeitos, esta resposta não o macula. Funda-se a dependência recíproca no mútuo reconhecimento de liberdades. O dom se faz pelo reconhecimento da dignidade do donatário, e a resposta de gratidão, livre, se dá pelo reconhecimento contraposto da dignidade do doador. A resposta não é pagamento, mas o sinal de uma *liberdade grata*.

Nesse ponto, Fornasier introduz a aplicação concreta que Donati faz dessa noção não paradoxal do *dom* no seio da *família*; trata-se de resgatar a família como relação fundada no *dom*, na qual a *reciprocidade* não macula, como sugeria Derrida, a *gratuidade*.

De fato, Donati registra que a categoria do *dom* foi menosprezada pela modernidade,^[3] mas ela é um *universal antropológico*. Precisa ser resgatada, e tem seu lugar por excelência na *família*. Nela é que o *dom* se vive com mais evidência, manifestando a importância fundamental da *gratuidade*.

Donati está atento às advertências de Derrida quanto ao risco de mercantilização do *dom*, mas defende que a *ambiguidade do dom é analógica à ambiguidade do amor*: não se pode lançá-lo na categoria dos impossíveis, estabelecendo *exigências de pureza* tão elevadas que possam, na prática, *inviabilizá-lo*. A reciprocidade não exclui a verdade do *dom*, porque fazê-lo seria remeter o *dom* à esfera da *morte*, pela anulação que ele exigiria para manifestar-se. A aceitação dessa ambiguidade dá-se pela especificação da *gratuidade*: doar-se, ou doar algo a alguém, sem esperar, querer ou cobrar, de qualquer modo, um retorno. Mas o *dom* não tem apenas essa dimensão negativa, da *ausência de compensação ou retorno*. Há necessidade de resgatar sua dimensão positiva: o *dom* como *reconhecimento*. O *dom* reafirma o valor da relação, reconhece o outro como digno, confia, entrega-se, aceita os riscos de ser ignorado e envolve-se, acolhendo o sentimento de gratidão envolvido no estabelecimento da dependência livre dos sujeitos.

Não se pode, portanto, imaginar que a categoria do *dom* localiza-se no âmbito do econômico ou do político; ele está no campo do *ético*.^[4] Trata-se de identificar um *agir*, um *gesto* que reconhece, um *serviço* que não é mensurável por critérios quantitativos, econômicos ou de poder.

Mas há que ter cuidado, por outro lado, para não limitar o *dom* à esfera das motivações espirituais ou de consciência, ou mesmo psicológicas, no plano *individual*. Este é apenas um dos lados da moeda. O *dom* não se esgota na análise dos indivíduos envolvidos, mas existe *na e pela* relação; esta possui uma *consistência própria*, que não se reduz à individualidade de quem faz ou de quem recebe o *dom*. A relação existe no contexto e como expressão de um *encontro intersubjetivo que vincula*.

É neste ponto que Donati se vale do esquema AGIL^[5] para determinar a importância da família como *geradora privilegiada da gratuidade* no contexto social. E o faz a partir da ideia de que as relações sociais podem ser agrupadas em relações da esfera *técnica* (que *prescindem do humano*, no sentido do encontro intersubjetivo) e esfera propriamente *humana* (que se caracteriza justamente pela *qualidade relacional*). Ora, Donati ressalta a existência, na estrutura da sociedade, de um espaço de encontro que ele chama de *privado social*, que são os lugares da *gratuidade* por excelência. O desafio, diz ele, é conseguir que esses espaços sejam reconhecidos como tais pelas duas principais esferas da sociedade contemporânea, que são o Estado e o mercado.

Assim, tomando o esquema AGIL, Donati ressalta que a família se posiciona na área de *latência* dessa bússola social, não somente como relevante no contexto do chamado *privado social*, mas também quanto à identificação do *lugar do dom* numa sociedade moderna como um todo.

Assim, a família é aquela realidade em que se libera o dom,^[6] isto é, aquele lugar em que o agir criativo das liberdades pessoais é liberado. Se o dom não é liberado nas famílias, não pode chegar a circular nas outras esferas sociais. As outras esferas devem, portanto, reconhecer a família como recurso, já que o dom está na base das relações de fidelidade, reciprocidade e cooperação; *essas relações não se confundem com a caridade ou beneficência privada ou pública. São completamente outra coisa* (DONATI *apud* FORNASIER, 2018, p. 520).

Ainda usando o esquema AGIL, Donati demonstra a repercussão positiva que a *liberação do dom*, o resgate do seu esquecimento pelo poder e pelo mercado, provocará nas relações entre os gêneros e entre as gerações; trata-se de libertar o domínio das relações, resgatando-as no que têm de sagrado, transcendental, rompendo as amarras da dominação que as categorias do poder político e econômico impuseram sobre elas. Reafirmar a gratuidade nas relações é algo que *toca o divino*,^[7] conclui Donati. Reafirmando o seu valor.

Na conclusão do seu artigo, Fornasier reafirma que a família é o lugar privilegiado da epifania do sujeito que age, e resgata, nas relações familiares, a dependência que brota do encontro de liberdades, encontro que forma vínculos de pertença marcados pela responsabilidade

da liberdade que se dá; que, na gratuidade, realiza plenamente o ser humano, de modo a devolvê-lo à sociedade como alguém melhor, mais rico, mais realizado. Por isso, a família é a grande esperança de realização da pessoa que, na sua abertura à relação, assemelha-se a Deus.

3 O dom e a virtude da justiça em Aristóteles

Outra perda da modernidade foi a ideia de *virtude*. De fato, compreendendo a liberdade como exercício pontual da vontade sem amarras ou condicionamentos, a cada momento, o desenvolvimento da virtude foi visto como algo que *restringe a liberdade*, porque a tornaria menos espontânea.

Ou então viu-se a virtude no sentido de Maquiavel, para quem o poder envolve duas características: a sorte, ou fortuna, e a virtude (*virtú*), considerando esta como a *força de manipular os elementos a seu favor*. A virtude perde, em Maquiavel, todo seu conteúdo ético (no sentido aristotélico de busca do bem) e adquire um viés de técnica para aquisição e manutenção do poder.^[8]

Não era assim para Aristóteles. A virtude, na filosofia aristotélica (e mais tarde na tradição escolástica) é este grande desenvolvimento humano, que aperfeiçoa a inteligência e a vontade de modo a possibilitar a própria liberdade. Ninguém é livre para tocar uma peça musical de Mozart ao piano sem desenvolver a virtude musical, e isto se dá por anos e anos de estudos e treinos. Assim, a *virtude intelectual* se dá pela aquisição da sabedoria, da ciência e da técnica. A ciência que existe nos livros, nos registros computadorizados ou nos laboratórios não tem nenhum valor se não vier a existir numa *mente*. Por isto, para os aristotélicos e escolásticos, muito mais do que um acúmulo objetivo de dados e técnicas armazenadas, a ciência é uma *virtude intelectual*.

De modo análogo, a vontade precisa de *virtude* para aperfeiçoar-se. Apenas para dar um exemplo, nascemos com a tendência inata a procurar e realizar o nosso próprio bem, a tal grau que a própria definição de bem, no primeiro parágrafo da *Ética a Nicômaco*, é exatamente esta: bem é *aquilo que todas as coisas buscam*.^[9] Ora, se as coisas buscam e inclinam-se pelo seu próprio bem espontaneamente, reconhecer o bem do outro é algo que precisa ser adquirido pela *educação*, pela formação;

é uma virtude. Portanto, a justiça não é, para os que seguem essa tradição, um valor ou um ordenamento estatal, cultural ou social: a virtude é a vontade educada. E a virtude da justiça é o *hábito pelo qual, com vontade constante e perpétua, atribuímos a cada um o que lhe pertence*.^[10]

Ora, no seu tratamento da virtude da justiça, na sua obra *Ética a Nicômaco*, Aristóteles define a justiça como uma virtude eminentemente *relacional*; isto o torna muito próximo à chamada "*sociologia relacional*" de Pierpaolo Donati.^[11] De algum modo, diz Aristóteles, a virtude da justiça rege todas as nossas relações.^[12] Ela é relacional por definição.

Em Aristóteles, a virtude da justiça tem *três grandes dimensões* ou significados. A justiça pode ser vista, simplesmente, como o *conjunto das virtudes*, avaliado do ponto de vista relacional, como restou claro do trecho citado há pouco, na nota n. 12. Alguém pode ser intemperante e consumir mais alimento do que seria razoável para a própria subsistência. Ora, neste caso, o desenvolvimento da virtude da temperança nessa pessoa contribuirá para a justiça, no sentido geral, porque tem uma dimensão *relacional*: consumindo apenas o que é justo, o temperante contribui para que o alimento seja mais bem distribuído na sociedade. Outro exemplo seria a virtude da *fortaleza*: um soldado covarde ameaça, pela falta da virtude da fortaleza, a segurança da comunidade inteira. Nesse sentido, sob o ponto de vista relacional, a justiça coincide com a própria virtude como um todo; ser prudente, ser temperante, ser forte, ser magnânimo, tudo isso é um bem para o sujeito e, nesse sentido, essas são virtudes em sentido *absoluto*. Mas tornam o sujeito um cidadão melhor, um profissional melhor, uma pessoa melhor, curando e sanando suas relações sociais.

Por outro lado, posso manter relações sociais justas sem possuir, de fato, as virtudes que me aperfeiçoam pessoalmente. Alguém pode, por exemplo, ser um bom soldado e enfrentar o perigo, apenas por receio de ser punido por um superior, sem que possua, verdadeiramente, a virtude da fortaleza, e assim por diante. A rigor, nesse caso, pode-se dizer que há uma *virtude imperfeita da justiça*, mas não que há iniquidade ou injustiça.^[13]

Neste sentido, toda virtude, e a virtude toda, pode ser vista como justiça; a justiça geral seria, pois, a virtude vista a partir da relação. A justiça, no sentido geral, é a virtude em sua dimensão social; é a virtude vista em sociedade.

Ao lado dessa justiça dita "geral", porque representa simplesmente um olhar sobre o conjunto das virtudes a partir das relações sociais, há uma pergunta que se levanta: todos os atos que se apresentam como virtude geral podem ser reconduzidos a alguma outra virtude, ou há atos que são simplesmente justos, sem serem, ao mesmo tempo, temperantes, fortes, prudentes ou magnânimos, por exemplo? Sim, há atos assim, diz Aristóteles.

Imaginemos que um soldado se envolva sexualmente com uma mulher inimiga e, no seu envolvimento, acabe entregando a ela, inadvertidamente, valiosos segredos militares. Diríamos que esse soldado, por sua luxúria e por sua imprudência, cometeu algo injusto para com seus conterrâneos. Mas imaginemos que um outro soldado recebesse muito dinheiro para desertar para o inimigo, levando consigo segredos militares. Neste caso, a sua atitude não teria outra motivação senão seu apego injusto ao dinheiro, e, portanto, seria um ato *injusto em si mesmo*: ele deu ao inimigo aquilo que não era seu, em troca de dinheiro.^[14] A sua conduta não pode ser reconduzida a nenhuma outra causa senão à injustiça. Assim, diz Aristóteles, além da chamada *justiça geral*, há duas dimensões especiais da justiça, em que ela não é o conjunto das virtudes vistas sob o ângulo das relações, mas é uma virtude em sentido estrito, ao lado das outras.

A primeira dimensão da justiça especial seria a chamada *justiça distributiva*: trata-se daquela função de distribuir os bens comuns^[15] conforme o *mérito* ou a *necessidade* de cada um. Assim, uma pessoa pobre e incapacitada pode vir a receber uma pensão do Estado, ao tempo em que um rico pode ser taxado por impostos. Um soldado morto em guerra pode gerar, para seus descendentes, uma pensão estatal, mesmo que estes não sejam necessitados no sentido econômico. Esse tipo de justiça, diz Aristóteles, tem ao menos *quatro* termos: duas pessoas em comparação e dois bens em jogo. Na distribuição das riquezas estatais, comparamos o rico empreendedor com o pobre incapacitado e outorgamos ao rico uma obrigação tributária e ao pobre uma pensão assistencial. Na justiça distributiva, portanto, a *diferença entre as pessoas* pode gerar uma diferença na repartição justa dos bens.

A última forma de justiça especial seria a justiça comutativa ou corretiva, que se dá entre particulares e envolve a *igualdade fundamental*

dos sujeitos,^[16] por um lado, e o *meio necessário* na distribuição dos bens, por outro. É preciso que os bens sejam distribuídos, aqui, sem quebrar essa igualdade fundamental entre sujeitos, e determinando o *justo meio* naquilo que deve ser repartido. Quer na reparação de um dano, quer no equilíbrio de um contrato, interessa a igualdade fundamental das partes e o estabelecimento do justo meio por um critério isento, isto é, de tal modo seja estabelecida a justiça entre as partes que um juiz neutro possa declarar que, de fato, o justo meio entre elas foi alcançado.

Note-se, pois, que estamos tratando, aqui, de uma virtude que relaciona pelo menos três vontades: duas vontades privadas que são partes no negócio e uma terceira vontade neutra que estabelece o que deve ser de cada um, em nome da lei da cidade. A virtude, aqui, não consiste em compelir cada parte a entregar, mesmo contra a sua vontade, o que é do outro. Neste caso, há, ainda, uma virtude externa, imperfeita, incapaz de restituir a felicidade. A justiça, como virtude, consiste em *educar as vontades envolvidas*, de tal modo que possam reconhecer espontaneamente o que é do outro e proceder à respectiva entrega. A justiça consiste, pois, como já foi dito, na *vontade constante e firme de dar a cada um o que é seu*.^[17]

Cabe, agora, uma última palavra sobre uma figura essencial para compreender o pensamento ético de Aristóteles: a figura do *spoudaios*, ou o "homem virtuoso",^[18] que é, ele próprio, medida da virtude humana. A virtude humana verdadeira não é algo fixado desde fora pelas leis, mas é medida pelo modo de agir do *spoudaios*, do virtuoso. Nenhuma virtude, nem mesmo a da justiça, pode ser examinada sem ter em mente que as virtudes devem conduzir-nos a adquiri-las e exercê-las, e exercer significa vivê-las como vive um *spoudaios*, um homem que é, e é reconhecido como tal, um virtuoso.

Com tudo isso em mente, ou seja, lembrando que as virtudes são sempre observadas com vistas ao *spoudaios* como medida, é hora de examinar o trecho que trata da relação entre a *paternidade* e a justiça na *Ética a Nicômaco*:

A justiça entre o senhor e o escravo, ou entre pai e filho, não é a mesma coisa que a justiça e o direito do Estado [pública, da cidade], mas algo de semelhante [análogo]. Pois, na verdade, não pode haver injustiça contra si [próprio]. Ora, uma parte da propriedade (o escravo) e um filho, pelo

menos enquanto tiver uma certa idade e não for ainda independente, são como que partes de si. Mas ninguém quer prejudicar a si próprio. Por isto, a injustiça não pode ser praticada contra si próprio; quer dizer, não há, na relação com o próprio, injustiça nem justiça, no sentido político do termo. Ou seja, a justiça política baseia-se na lei e existe para aqueles que naturalmente se regulam por ela, isto é, para os que têm igual possibilidade de governar e serem governados. Por esta razão, há mais justiça no sentido próprio do termo na relação entre um homem e uma mulher do que entre um pai e um filho ou um senhor e seus escravos. A esta justiça chamamos doméstica e é de um tipo diferente da justiça política. (EN 1134b9-20, ARISTÓTELES, 2009, p. 116).

Este trecho foi muitas vezes revisitado, sob olhos modernos, com o espírito revestido das categorias de *poder* e de *mercado*; foi compreendido, portanto, como fundante de uma ideologia *patriarcalista*, em que o poder masculino sobre *filhos* e *servos* (antes escravos, hoje *empregados*) fosse incondicionado, tirânico e estivesse subtraído ao controle estatal. O pai e patrão não poderia submeter-se, nas suas relações familiares e econômicas, a nenhum tipo de regramento estatal, pensam os que leem assim o texto, porque, para ele, nem o filho nem o servo, são *outro*: são apenas *extensões* de si mesmo, sobre os quais pode impor sua vontade como a impõe a si mesmo,^[19] sem outra medida que não sua própria e incondicionada *autonomia* individual. Mesmo a relação entre homem e mulher parece submeter-se à virtude da justiça retributiva ou especial apenas de modo *analógico*, imperfeito, incompleto.

Não se quer, aqui, debater se o texto, em sua origem aristotélica, é machista; o certo é que lê-lo subordinando-o a categorias da modernidade, como a categoria do *direito* (exigência de pretensão contra terceiros), do *poder* (no sentido maquiavélico de capacidade de governar impondo sua própria vontade) e do *mercado* (a subordinação econômica implica necessariamente submissão), é simplesmente *anacrônico*. Conduz à justificação, como se *retroativa*, do patriarcalismo moderno, que Aristóteles não conheceu.

É preciso, portanto, fazer uma leitura *sistemática* desse texto. Trata-se de uma observação inserida numa obra que se dirige ao desenvolvimento da virtude, de tal modo a transformar alguém em *spoudaios*, isto é, num homem virtuoso, capaz de julgar sua conduta pela verdade

e alegrar-se com o que é verdadeiramente alegre, e entristecer-se com o que é verdadeiramente triste.^[20]

Nosso enfoque tampouco envolve, aqui, debater a questão da *servidão*. Se a *servidão* é uma categoria que persiste na modernidade, na forma do emprego indigno e mal remunerado, na antiguidade, ao menos, havia a preocupação de que o *spoudaios* considerasse o escravo como *uma parte de si mesmo*, a quem não se pode prejudicar. O escravo não era *algo*, mas simplesmente não era *outro*. Talvez, se levássemos a ideia do *spoudaios* ao seu limite nesta matéria, só restaria ao senhor dizer aos seus escravos: *"Já não vos chamo de servos, porque o servo não sabe o que faz seu senhor. Mas chamei-vos amigos, pois vos dei a conhecer tudo quanto ouvi de meu Pai"*.^[21]

Voltando, então, para a esfera da família, cabe notar que, no campo da noção aristotélica de justiça como a virtude que nos leva a *querer dar ao outro o que é dele*, faltaria, no âmbito familiar, a *alteridade* que leva a reconhecer aquilo que é do outro como seu. E ela não falta por carência, mas como que por *excesso*: aqui está presente um bem *relacional*. Esta é uma relação que se torna fundamental, que marca a entrega da plenitude, e não apenas a entrega parcial dos outros tipos de relação social.^[22] Na verdade, na relação entre pai e filho, o pai é chamado a dar ao filho aquilo que não é de outro, mas é seu mesmo. Ou seja, a paternidade consiste em *dar ao outro aquilo que é meu*. É nesse sentido que Aristóteles registra que a paternidade escapa à noção pública de justiça. E o faz porque a supera: não se está mais no âmbito do *reconhecimento do outro como outro* e da vontade educada a *dar-lhe o que se reconhece que é dele*. Aqui, estamos na categoria do *dom*: reconheço o outro como relacionado profundamente comigo, numa relação que nos envolve e nos identifica de modo multidimensional, e por isso sou chamado a abrir mão de pretensões e domínios, para *doar-lhe o que é meu*.

4 Pequenas conclusões

Pode-se, com esta revisita a Aristóteles, compreender melhor as afirmações de Fornasier, lastreado em Donati, a respeito da importância social da *família* como lugar da liberação social dos dons:^[23] é aqui, e em mais nenhum outro lugar, que o homem é chamado, ordinariamente,

a *superar a justiça comutativa* e fazer-se *dom*. Nesse sentido, a *paternidade* consiste não somente em *mais uma* relação, mas na relação que *plenifica o masculino como tal*,^[24] porque somente aqui o homem pode, sem abdicar de suas pretensões econômicas e políticas perante a cidade, transformar-se plenamente num *soudaios*. Não pelo controle, nem pela submissão, nem pela dominação econômica, mas pelo *dom*, que o insere na *família*, lugar de construção e gozo daquilo que Donati chama de *bens relacionais* – aqueles bens que *só podem ser produzidos e usufruídos por quem vive e constrói cotidianamente a relação*.^[25] Este é um bem com o qual o jurista não está, ainda, bem aparelhado para lidar: aqui, a família não é estorvo nem acidente, mas *recurso*.

Referências

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução de Alexandre Correia. Campinas: Ecclesiae, 2016. v. 3.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Antônio de Castro Caetano. São Paulo: Atlas, 2009.

BÍBLIA. **A Bíblia de Jerusalém**. Nova edição rev. e ampl. São Paulo: Paulus, 1985.

FORNASIER, Rafael Cerqueira. Liberdade, relação, pertença e dom na família: contribuições da sociologia de Pierpaolo Donati e da filosofia de Francesco Botturi. **Estudos Teológicos**, São Leopoldo, v. 58, n. 2, p. 508-522, jul./dez. 2018. Disponível em: http://periodicos.est.edu.br/index.php/estudos_teologicos/article/view/3112. Acesso em: 2 mar. 2019.

MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a dádiva**: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. São Paulo: Ubu Ed., 2018. *E-book*.

OLMSTED, Thomas J. **Firmes na brecha**: uma chamada para a batalha. *Online*. Phoenix, 2015. Disponível em: <https://fdocumentos.tips/document/firmes-na-brecha-portugues.html>. Acesso em: 29 mar. 2022.

PETRINI, João Carlos; DIAS, Marcelo Couto. **Família no debate cultural e político contemporâneo**. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

PETRINI, João Carlos. Introdução. In: DONATI, Pierpaolo. **Família no século XXI**: abordagem relacional. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 2011.

PIEPER, Josef. **Virtudes fundamentais**. Tradução de Narino e Silva e Beckert da Assumpção. Lisboa: Aster, 1960.

SKINNER, Quentin. **Machiavelli**: a very short introduction. Oxford: Oxford University Press, 2000.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Notas

- [1] “O seu ser em relação com os outros por meio do dom do reconhecimento, o seu hospedar outros junto a si não pode acontecer sem que a margem da própria dependência jorre no âmbito do bem gratuito do reconhecimento; isso é suficiente para introduzir na relação o temor alienante de que o dom seja também *dano* para o doador, a angústia de que o doar-se na relação seja perder e, em última análise, *perder-se*. Nessa vertigem, ao homem vem espontaneamente o agarrar-se às mais próximas certezas da imediata conservação de si e de seu poder sobre o outro. A assimetria no reconhecimento torna o sujeito propenso a fazer os outros *dependentes de si*, quase como a garantir uma relação ameaçada pela recíproca *fraqueza ontológica*, ou ainda, torna-o disposto a se fazer *súdito* de uma relação que deveria torná-lo *livre*.” (BOTTURI *apud* FORNASIER, 2018, p. 514. Grifos nossos).
- [2] No seu clássico “Ensaio sobre a dádiva – Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas”, Marcel Mauss chama a nossa atenção para toda uma *mística da troca* em certas sociedades arcaicas, nas quais presentear e ser presenteado envolvem toda uma ritualidade de demonstrar riqueza, poder, honra e posição social, sistemas que envolvem doações que obrigam e esperam a retribuição. “Qual é a regra de direito e de interesse que, nas sociedades de tipo atrasado ou arcaico, faz com que o presente recebido seja obrigatoriamente retribuído? Que força existe na coisa dada que faz com que o donatário a retribua? Eis o problema ao qual nos dedicamos mais especialmente, ao mesmo tempo em que indicamos os outros.” (MAUSS, 2018, p. 66. Grifos no original).
- [3] Petrini nos alerta para a colonização do mercado, isto é, a tendência, cada vez mais vigorosa, a que todas as relações se reduzam às categorias do econômico e do poder. Ele diz: “O mercado coloniza o mundo da vida, reduzindo não somente os espaços da gratuidade, tudo calculando em função da conveniência e da utilidade, [...] aplicando-se à produção do lucro e do poder” (2013, p. 17). Resgatar os espaços de gratuidade é resgatar a família, já que, como o próprio Petrini lembra, citando Ulrich Beck a respeito da sociedade alemã contemporânea: “Uma modernidade modelada no mercado e pensada até as últimas consequências implica uma sociedade sem famílias e filhos. Cada um deve ser independente, livre para as exigências de mercado, a fim de garantir a própria existência econômica”. “No Brasil”, diz Petrini, “ainda é possível pensar em alternativas melhores” (PETRINI, 2013, p. 18).
- [4] Está exatamente aqui a raiz para a relação entre o dom e a justiça, que faremos no próximo item.
- [5] “O paradigma AGIL é um esquema sociológico criado pelo sociólogo americano Talcott Parsons na década de 1950. É uma representação sistemática de certas funções sociais, que toda sociedade deve cumprir para ser

capaz de manter uma vida social estável. O paradigma AGIL é parte da teoria da ação mais ampla de Parsons, delineada em seu notável livro *The Structure of Social Action*, em *The Social System* e em trabalhos posteriores, que visa construir um mapa unificado de todos os sistemas de ação e, finalmente, 'sistemas vivos'. Na verdade, o sistema AGIL real só apareceu em sua primeira forma elaborada em 1956, e Parsons estendeu o sistema em várias camadas de complexidade durante o resto de sua vida intelectual. No final de sua vida, ele acrescentou uma nova dimensão ao sistema de ação, que chamou de paradigma da condição humana; dentro desse paradigma, o sistema de ação ocupava a dimensão integral." (PARADIGMA AGIL. In: WIKIPEDIA: the free encyclopedia. [San Francisco, CA: Wikimedia Foundation, 2010. Disponível em: https://pt.abcdef.wiki/wiki/AGIL_paradigm. Acesso em: 27 mar. 2022).

- [6] "Os vínculos familiares realizam uma relação na qual a pessoa entra com a totalidade de sua existência, de seu temperamento, de suas capacidades e seus limites, diferentemente do que acontece com quase todos os outros ambientes da vida, nos quais se estabelecem relações parciais, limitadas a capacidades específicas, correspondentes a funções determinadas." (PETRINI, 2013, p. 19).
- [7] "O dom deve ser visto como ponto de contato e de fronteira com o que é 'sagrado', enquanto digno de ser respeitado, amado, querido por si mesmo: e isso é o sentido religioso da existência. Já que, no fim das contas, o enigma do dom gratuito, tanto discutido e tanto indagado, não é outra coisa senão a própria vida quando vista como relação que vem dada com/a/pela/através da qualidade humana da relação, sem a qual não podemos ser *consortes divinae naturae*. O enigma do dom é aquela 'vida' especial (não biológica, e nem mesmo somente psíquica) que é dada com a relação, na relação e pela relação com o Outro, sem a qual não poderemos participar da substância do que é divino." (DONATI *apud* FORNASIER, 2018, p. 520).
- [8] A relação entre a fortuna e a virtude, em Maquiavel, envolve a necessidade de controle da fortuna (compreendida como a força do acaso que conduz a história) pelo vigor (*virtú*) do príncipe, com o objetivo de manter e expandir o poder. "*It is often complained that Machiavelli fails to provide any definition of virtú, and even that he is innocent of any systematic use of the word. But it will now be evident that he uses the term with complete consistency. Following his classical and humanist authorities, he treats it as that quality which enables a prince to withstand the blows of Fortune, to attract the goddess favour, and to rise in consequence to the heights of princely fame, winning honour and glory for himself and security for his government.*" (SKINNER, 2000, p. 40).
- [9] "Toda a perícia e todo o processo de investigação, do mesmo modo todo o procedimento prático e toda a decisão, parecem lançar-se para um certo

bem. É por isso que tem sido dito, acertadamente, que o bem é aquilo que todas as coisas anseiam.” (EN 1094a1-4). Este é o início da *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, que citaremos a partir da tradução de Antônio de Castro Caeiro (2009, p. 17).

- [10] Essa definição está na *Suma Teológica*, II-II, questão 58, artigo 1, *respondeo* (AQUINO, 2016, p. 372).
- [11] “Donati toma como chave interpretativa de toda a realidade social, nos seus diversos aspectos e dimensões, a relação social. O foco desta proposta consiste em privilegiar as relações sociais, que devem ser analisadas, determinadas e gerenciadas para se compreender em profundidade os fenômenos sociais e apreender os aspectos humanos mais significativos presentes no social, discernindo, inclusive, o que torna o social desumano ou não-humano. Nesse sentido, a análise relacional não centra sua atenção nos indivíduos, nos mecanismos, nas instituições, nas estruturas, consideradas como objetos, como ‘coisas’, mas nas relações sociais que se estabelecem entre sujeitos humanos ao interagirem nas diversas circunstâncias da vida social.” É assim que Petrini apresenta a sociologia de Donati aos brasileiros no prefácio da única obra de Donati em português (PETRINI, 2011, p. 23).
- [12] Assim Aristóteles apresenta a virtude da justiça: “É por esta razão, então, que a justiça é a única das excelências [virtudes] que parece ser também um bem que pertence a outrem, porque, efetivamente, envolve uma relação com outrem, isto é, produz pela sua ação o que é de interesse para outrem, seja esse alguém um superior ou um igual. O pior de todos é, então, o que é mau para si próprio, e também para outrem. O melhor de todos, por outro lado, é o que aciona a excelência [virtude] tanto para si próprio quanto para outrem. Mas esta tarefa é difícil. Assim, tal como a justiça não é uma parte da excelência [uma virtude parcial], mas a excelência total [o conjunto completo das virtudes] também a injustiça não é uma parte da perversão, mas antes a mais completa perversão. Em vista do quê se distingue, então, a excelência e a própria justiça? É evidente a partir do que foi agora dito: que elas são, enquanto disposições de um mesmo gênero, idênticas, mas diferentes no modo de se manifestarem. A justiça manifesta-se como uma disposição relativamente a outrem; a excelência [virtuouse] manifesta-se como uma certa disposição de maneira absoluta” (EN 1130a4-16, ARISTÓTELES, 2009, p. 106).
- [13] “O cumprimento da justiça realiza-se principalmente num ato exterior; ‘no domínio do justo e do injusto, o que importa é a ação externa do homem’. Pelo contrário, no domínio da fortaleza e da temperança, é preciso atender primeiro ao estado íntimo do homem e só em segundo lugar à sua projeção exterior. Só através daquilo que um homem realiza de visível não posso eu dizer se ele é corajoso, covarde, comedido, desregrado; necessitaria de o conhecer já, teria de saber como ele próprio se sente. A

justiça de um ato, porém, pode mesmo uma terceira pessoa verificá-lo de fora” (PIEPER, 1960, p. 90).

- [14] “Há, então, pois, uma certa forma de injustiça que é um modo particular da injustiça em geral, assim como há um sentido de ser ‘injusto’ em particular e outro em geral, isto é, do ‘injusto como transgressão à lei’. Assim, uma coisa é cometer adultério em vista do lucro, e receber dinheiro com isso, outra é cometer adultério por luxúria, tendo gasto dinheiro para o efeito e ainda por cima sendo castigado. Quem age dessa maneira parece ser mais um devasso do que propriamente ganancioso; no primeiro caso, quem age é injusto, mas não é devasso, pois é evidente que o motivo fundamental do seu ato é o lucro.” (EN 1130a23-29, ARISTÓTELES, 2009, p. 106).
- [15] Ou os “males”, ou melhor, aquilo que chamamos de ônus sociais. Estes devem também ser divididos de modo justo, respeitando a proporção de cada um na sociedade. Diz Aristóteles: “‘justo’, neste sentido, é, então, a proporção. ‘Injusto’, enquanto a acepção oposta, é o que viola o princípio da proporção. Acontece, pois, por violação do princípio da proporção que um tem de mais e outro de menos, tal como se passa com os fatos da vida, porque quem praticar a injustiça tem de mais e quem sofrer a injustiça tem de menos relativamente ao bem que de cada vez estiver em causa. Inversamente, por outro lado, se passa com o mal, porque o mal menor em comparação com o mal maior está na vez do bem; e o mal menor é preferível ao mal maior. Mas preferível por si mesmo é o bem e tanto mais preferível quanto melhor for. Esta é, então, uma das formas fundamentais da justiça” (EN 1131b18-27, ARISTÓTELES 2009, p. 110).
- [16] “A justiça, contudo, que se aplica às transações particulares observa o princípio da igualdade. Aqui é irrelevante se é uma boa pessoa que defrauda uma má, ou se é uma má pessoa que defrauda a boa, tal como é irrelevante se quem comete adultério é boa ou má pessoa. A lei olha apenas para a especificidade do dano, e trata toda gente por igual [...]” (EN 1131b31-1132a1-7, ARISTÓTELES, 2009, p. 110).
- [17] Nesse sentido, o direito contemporâneo é o inverso da justiça clássica. Enquanto nesta as vontades encaminham-se para o hábito de reconhecer e dar a cada um o que é seu, possibilitando a construção pacífica da cidade, no direito atual o caminho é diferente: ele não é fundado na virtude de reconhecer o outro e dar a ele o que objetivamente lhe pertence, mas na pretensão de estabelecer o que é meu e exigí-lo do outro. A virtude da justiça dirige-se à paz, mas o direito contemporâneo funda-se no conflito.
- [18] “Mas em todos estes casos tudo deverá ser como aparece ao homem sério [*spoudaios*]. Se este enunciado está correto, como parece ser o caso, e a excelência [virtude] e a pessoa de bem enquanto tal constituem a medida de cada coisa, então também serão prazeres [verdadeiros] aqueles com

que goza a pessoa de bem [*spoudaios*], tal como verdadeiramente agradáveis serão as coisas que lhe dão alegria [...].” (EN 1176a17-21, ARISTÓTELES, 2009, p. 232).

- [19] “Por isso, seria preciso excluir a existência de um direito familiar. As relações entre pai e filho, marido e mulher, senhor e escravo, na Grécia e em Roma, prendiam-se à ‘economia’; quando muito, poder-se-á falar de um começo de direito, ou de um ‘quase-direito’ familiar.” (VILLEY, 2007, p. 44).
- [20] “É assim, por causa do prazer que incorremos, por um lado, em ações vergonhosas. É, do mesmo modo, também que por causa da ansiedade causada pelo medo nos podemos afastar de feitos gloriosos. Por isso devemos ser levados logo desde novos, como diz Platão, a fazer gosto no que deve ser e a sentir desgosto pelo que não deve ser. É essa a educação correta.” (EN 11-4b3 12-14, ARISTÓTELES, 2009, p. 41).
- [21] João 15:15. Enfim, Deus não poderia deixar de ser Senhor; no entanto, se nós não podemos considerar-nos, com relação a ele, senão como pequenos servos, dada a diferença de magnitude, somente Ele, sendo a virtude perfeita, poderia tomar a iniciativa de chamar-nos de amigos. É com o mesmo espírito que São Paulo remete Onésimo, escravo fugido, de volta ao seu senhor Filemon, exortando-o a recebê-lo “[a]gora, não já como escravo, mas bem mais do que escravo, como irmão caríssimo, meu e sobretudo teu, tanto por interesses temporais como no Senhor” (Filemon 1:16).
- [22] “Esta decisão epistemológica foi sintetizada por Donati com a fórmula ‘no princípio está a relação’ (DONATI, 1991, p. 25), com a qual toma distância de outras posturas que colocam ‘no início’, isto é, como princípio explicativo da realidade social, a ação ou o sistema ou qualquer outra coisa. Os teóricos da ação, como Max Weber ou os defensores da *rational choice*, iluminam certamente a relação, mas apenas como projeção daquilo que os indivíduos fazem. Os sistêmicos, como Parsons e Luhmann, elucidam a relação, mas somente como expressão do sistema social. Donati afirma que é necessário iluminar a relação a partir de ambos os lados, sem porém tratá-la como uma ponte ou um *mix* entre os dois lados.” (PETRINI, 2011, p. 26).
- [23] “Por conseguinte, a categoria de dom, ligada àquela da gratuidade, tanto numa abordagem antropológica quanto sociológica, segundo a qual a família está na base de sua gênese e manifestação, ilumina o caminho de cumprimento da liberdade em relação, pois preconiza uma reciprocidade desinteressada, mas real, por meio da qual desponta o valor da própria relação a ser mantido pelo bem da pessoa e da sociedade como um todo.” (FORNASIER, 2018, p. 521).
- [24] “O que significa ser ‘pai’? Papa Francisco, em uma reflexão sobre a paternidade, disse: ‘Quando um homem não tem esse desejo, algo está faltando

neste homem, algo aconteceu. Todos nós, para sermos plenos, para sermos maduros, precisamos sentir a alegria da paternidade: até mesmo nós, celibatários. A paternidade é dar vida aos demais, dar a vida, dar a vida'. É por isso que a paternidade – viver a vocação da paternidade, seja uma paternidade unida pelo matrimônio físico ou espiritual, no sacerdócio ou a vida religiosa – é essencial para que um homem viva a plenitude de sua existência na vida. Falamos dos Padres da Igreja, os Padres do Deserto; falamos ao Papa Francisco o Santo Padre, e por boas razões chamamos nossos sacerdotes de 'Padre'. Para viver plenamente, todo homem deve ser um pai! [...] A pergunta para um homem não é 'Eu sou chamado a ser pai?', mas, sim, 'Que tipo de pai sou chamado a ser?'" (OLMSTED, 2015, p. 22). Disponível em: <https://fdocumentos.tips/document/firmes-na-brecha-portugues.html>. Acesso em: 29 mar. 2022.

- [25] "Um novo tipo de direitos começa a emergir, que não se refere a entidades materiais nem a serviços que devem ser prestados, mas a relações sociais entre sujeitos reciprocamente envolvidos por vínculos familiares. Donati chama-os de 'direitos relacionais', destinados a criar bens relacionais como, por exemplo, o direito de uma criança a ter uma família. Esta se torna um bem relacional porque 'pode ser produzida e fruída apenas por quem a vive e constrói cotidianamente'." (PETRINI, 2011, p. 37).

“Que horas elas voltam?” – Relatos do trabalho escravo doméstico no cenário da pandemia

Renata Guimarães Andrade Tanure

Assessora jurídica na Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito (2015).

“[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, aliamente ou reproduza as desigualdades.”

(BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS.
Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.)

Resumo: O estudo almeja realizar uma narrativa dos casos de resgate de empregadas domésticas encontradas em condições análogas à de escravo, bem como do cenário de privação da liberdade que lhes foi imposto durante os anos de pandemia. Para tanto, fez-se necessária a demonstração de como ocorre a divisão racial do trabalho – precisamente como os negros se inserem no mercado de trabalho brasileiro, tendo em vista que tais vítimas são delimitadas por dois marcadores sociais, a saber: a raça e o gênero. Nesse cenário, é possível verificar que o cenário pandêmico acentuou e revelou que vivemos em um País ainda marcado pelo racismo e pela misoginia.

Palavras-chave: empregada doméstica; trabalho análogo ao escravo; pandemia; negro; mulher.

Sumário: 1 Introdução. 2 O negro e o mercado de trabalho: a divisão racial do trabalho. 3 Contornos do trabalho doméstico no Brasil: uma questão de raça e gênero. 4 Trabalho análogo ao escravo. 5 Trabalho

escravo doméstico. 6 A pandemia e o trabalho escravo doméstico: relatos. 7 Considerações finais.

1 Introdução

O cenário pandêmico que assolou o mundo trouxe à tona diversas problemáticas sociais que estavam negligenciadas, a saber: a saúde mental e as crises sociais, econômicas e ambientais. No Brasil, contudo, o que também tomou conta dos noticiários foram as constantes denúncias de trabalhos degradantes a que foram submetidas as empregadas domésticas.

Não foram poucos os relatos de empregadas domésticas que foram obrigadas, de forma expressa ou velada, sob pena de perder o emprego, a ficar nas casas dos seus patrões, sob a suposta justificativa de evitar o contato com ambientes infectados pela covid-19. Outrossim, fomos exaustivamente informados sobre os casos de trabalho doméstico análogo ao escravo em residências localizadas em grandes cidades, como Patos de Minas, a 415km de Belo Horizonte-MG, São José dos Campos-SP e Salvador-BA.

Os relatos apresentados demonstram, em verdade, a desigualdade social que assola o ambiente de trabalho brasileiro e que escolhe como maiores vítimas as mulheres negras. Visando corroborar o que se diz, cumpre traçar um apanhado de como seu deu a inserção do negro no mercado de trabalho brasileiro e do arcabouço jurídico e social que abarca o trabalho doméstico.

2 O negro e o mercado de trabalho: a divisão racial do trabalho

Para a melhor análise do objeto de estudo do presente artigo, cumpre verificar, inicialmente, como os negros foram recebidos no mercado de trabalho após o fim da escravidão no Brasil.

O cenário que precedeu a libertação dos escravos e se estabeleceu posteriormente demonstra a total ausência de real interesse humanitário e na integração do negro na ordem econômica e social da

sociedade brasileira. Nesse sentido, o que se constatou foi a ausência de medidas assistenciais e orientações para a assimilação na ordem social competitiva.

Quando não mais atenderam aos interesses econômicos vigentes, os ex-escravos foram lançados à própria sorte, sendo subjugados aos ofícios que eram degradantes, mal remunerados e que exigiam força bruta. Em sua obra *A Integração do Negro na Sociedade de Classes*, Florestan Fernandes demonstra o que esperou os negros após a desagregação do regime escravocrata:

A desagregação do regime escravocrata e senhorial se operou, no Brasil, sem que se cercasse a destituição dos antigos agentes de trabalho escravo de assistência e garantias que os protegessem na transição para o sistema de trabalho livre. Os senhores foram eximidos da responsabilidade pela manutenção e segurança dos libertos, sem que o Estado, a Igreja ou outra qualquer instituição assumisse sem encargos especiais, que tivessem por objeto prepará-los para o novo regime de organização da vida e do trabalho. O liberto se viu convertido, sumária e abruptamente, em senhor de si mesmo, tornando-se responsável por sua pessoa e por seus dependentes, embora não dispusesse dos meios materiais e morais para realizar essa proeza nos quadros de uma economia competitiva.

[...]

O negro e o mulato foram eliminados das posições que ocupavam no artesanato urbano pré-capitalista ou no comércio de miudezas e de serviços, fortalecendo-se de modo severo a tendência a confiná-los a tarefas ou ocupações brutas, mal retribuídas e degradantes. (2008, p. 29-41).

Cumulativamente, vigia à época um arcabouço jurídico que legitimava e fortalecia a estrutura racista da sociedade brasileira. Nesse sentido, a Lei de Terras de 1850 impedia o acesso do negro a terras, o Decreto n. 528 de 1890 sujeitava à autorização especial do Congresso a entrada no País de pessoas vindas da Ásia e da África, com claro intuito de clareamento da população, e os Códigos Municipais de Posturas, como o do Estado de São Paulo (1886-1920), vedavam a ocupação de determinados cargos e profissões aos negros, além de determinarem os locais em que poderiam estabelecer moradia (RAMATIS, 2013). No âmbito

constitucional, a Constituição de 1934 previa a obrigatoriedade da educação eugênica e da higienização racial.

Carlos Hasenbalg (2005), em seu livro *Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil*, tratou de abordar a discriminação racial e seus impactos na estratificação social. Alterando a lógica dos estudos do tema, rechaçou as teses anteriormente elaboradas de que o preconceito e a discriminação racial eram resquícios de um passado que desapareceriam com o tempo, destacando que se está diante de um discurso funcional para a preservação dos privilégios.

Sobre a perpetuação de padrões tradicionais com a funcionalidade de manter a relação de subordinação e benefícios, ensina:

No procedimento explicativo baseado em "sobrevivências", "atrasos" e "arcaísmos", aqueles conceitos têm um valor heurístico, indicando a origem e descrevendo a filiação de uma subestrutura; mas não explicam a sua permanência e operação dentro da nova estrutura. Como em qualquer sistema de estratificação social, a persistência de uma estratificação racial deve ser funcionalmente relacionada aos ganhos materiais e simbólicos que cabem ao grupo superior. Nas palavras de Stanislav Andreski: Uma vez que uma superposição bem definida de raças passa a existir, cria-se uma situação em que é bastante racional para seus beneficiários tentar perpetuá-la. Assim, independentemente do conteúdo irracional das crenças e ideologia racial, as práticas racistas podem ser racionais em termos da preservação da estrutura de privilégios dos brancos. (HASENBALG, 2005, p. 83).

Com efeito, com o fim da escravidão, percebe-se uma alocação dos trabalhadores negros em ofícios tidos como apropriados para as suas características físicas. Em verdade, trata-se da mera manutenção do *status quo* existente na sociedade, ou seja, mantem-se a estrutura que atende aos interesses daqueles que sempre estiveram e querem continuar em seus locais de privilégios.

Hasenbalg (2005), ao abordar a máxima vigente à época, de que existia uma incompatibilidade entre a industrialização e o racismo, demonstrou que a nova estruturação da repartição do trabalho manteve a lógica existente de divisão racial do trabalho. Nesse sentido, atestou que

a raça é assim mantida como símbolo de posição subalterna na divisão hierárquica do trabalho e continua a fornecer a lógica para confinar os membros do grupo racial subordinado àquilo que o código racial da sociedade define como seus "lugares apropriados". (p. 89-90).

Abdias do Nascimento, da mesma forma, sinalizava a existência da determinação da posição social e econômica pelo fator racial. É o que se verifica:

Se os negros vivem nas favelas porque não possuem meios para alugar ou comprar residência nas áreas habitáveis, por sua vez a falta de dinheiro resulta da *discriminação no emprego*. Se a falta de emprego é por causa de carência de preparo técnico e de instrução adequada, a falta desta aptidão se deve à ausência de recurso financeiro. *Nesta teia, o afro-brasileiro se vê tolhido de todos os lados, prisioneiro de um círculo vicioso de discriminação – no emprego, na escola – e trancadas as oportunidades que lhe permitiriam melhorar suas condições de vida, sua moradia, inclusive. Alegações de que esta estratificação é "não racial" ou "puramente social e econômica" são chavões que se repetem e racionalizações basicamente racistas: pois o fator racial determina a posição social e econômica na sociedade brasileira.* (NASCIMENTO, 2016, p. 101, grifos nossos).

A divisão racial do trabalho ainda se encontra presente na sociedade, e qualquer perspectiva de estudo que se faça demonstra a sua permanência, seja pela dificuldade de ingresso em postos de comando, seja pela distinção salarial em comparação com trabalhadores brancos. Ocorre que o recorte da presente pesquisa é o trabalho doméstico e sobre tal ofício recai a demonstrada divisão racial.

3 Contornos do trabalho doméstico no Brasil: uma questão de raça e gênero

É certo que o estudo do trabalho doméstico no Brasil é uma questão de raça e de gênero e, embora tal afirmativa seja forte, a sua comprovação não é difícil de demonstrar. A realização de um apanhado histórico sobre a escravidão e as desigualdades raciais no Brasil nos permite chegar à conclusão de que aos negros, homens ou mulheres, não foi ofertado o direito de ingressar com total dignidade na sociedade e, mais precisamente, no mercado de trabalho.

Tratando especificamente sobre as dificuldades experimentadas pela mulher negra no mercado de trabalho, Lélia Gonzales já demonstrava claramente como tal figura não era aceita em postos de trabalho que importassem em algum tipo de visibilidade. Vejamos:

Pelo visto, e respondendo à pergunta que a gente fez mais atrás, parece que a gente não chegou a esse estado de coisas.

[...]

Por isso ela é violenta e concretamente reprimida. Os exemplos não faltam nesse sentido; se a gente articular divisão racial e sexual de trabalho, fica até simples. Por que será que ela só desempenha atividades que não implicam em "lidar com o público"? Ou seja, em atividades onde não pode ser vista? Por que os anúncios de emprego falam tanto em "boa aparência"? Por que será que, nas casas das madames, ela só pode ser cozinheira, arrumadeira ou faxineira e raramente copeira? Por que é "natural" que ela seja a servente nas escolas, supermercados, hospitais, etc. e tal? (GONZALES, 1984, p. 233, grifo nosso).

A autora já sinalizava como o trabalho doméstico era direcionado às mulheres negras. Contudo, é preciso pontuar que se percebe uma lacuna sobre o desfecho das mulheres negras após a abolição da escravidão no Brasil. Trata-se da ausência da incidência do olhar sobre a questão de gênero nas demandas sociais, ainda tão presente em nossa sociedade. Juntem-se outros fatores a isso, a saber: o fato de que permaneceram inseridas nas casas de seus senhores exercendo os afazeres domésticos, a desconsideração do trabalho doméstico como trabalho e os poucos direitos assegurados.

Sobre essas questões, pontua Gomes (2019, p. 253):

As análises histórico-jurídicas da evolução do trabalho escravo, portanto, parecem indicar sua insuficiência ao negligenciar o destino e novas conformações das escravas da senzala, mucamas ou amas de leite no período colonial. As vinculações ao preceito de sexo e raça, o estigma e a proteção jurídica diminuta tornam o trabalho doméstico, como o trabalho rural, especialmente sujeito à violência, degradação e indignidade próprias das condições análogas à escravidão.

Ademais, a frequente desconsideração do trabalho doméstico como trabalho, somada à intangibilidade da esfera privada das famílias,

poderia explicar, em muito, a ausência de dados estatísticos e a desconsideração de situações de degradação doméstica como trabalho escravo contemporâneo.

Isso posto, apesar dos avanços, os estudos sobre o trabalho escravo contemporâneo mostram-se ainda, em sua quase totalidade, míopes ou cegos às questões de gênero. Por mais perspicaz e brilhantes que sejam as análises, deste modo, acabam por fornecer uma compreensão lacunosa e parcial de seu objeto. O enfoque masculino, ao pretender-se universal, não apenas deturpa a compreensão global da realidade, como também impede que as soluções para os problemas sejam pensadas de modo a corrigir as distorções internas à própria classe trabalhadora que sofre suas consequências.

No que tange à questão de gênero, é preciso destacar que os afazeres domésticos são tidos como atribuições próprias de mulheres. Não é incomum ouvir a frase de que é “coisa de mulher”, trata-se do que se chama de “papel de gênero”.^[1] Corresponde a uma crença perpetrada no seio familiar e que reproduz uma discriminação que importa na formação de uma mulher que se acha apenas capaz para exercer esse tipo de papel na sociedade, o que não é verdade.

Sobre o atrelar a mulher aos afazeres domésticos existente no imaginário coletivo da sociedade, destacam Dória e Furlanetti (2019, p. 245):

Naturaliza-se a cultura de que a atividade doméstica, precarizada, mal remunerada, de “mero apoio”, é exercida preponderantemente por mulheres, enquanto o trabalho no espaço público é exercido sobretudo pelos do gênero masculino, sendo a aprendizagem do serviço utilizada como mais uma forma de socialização do gênero.

A sociedade, em geral, vê com naturalidade o fato de que a maioria das crianças e adolescentes que trabalham em funções domésticas, ou realizem afazeres domésticos em suas próprias casas, seja formada por mulheres, pois existe uma percepção histórica a endossar a ideia cabe à mulher o papel de cuidar da casa e das pessoas que a habitam, tudo para que os homens possam realizar suas atividades no espaço público.

Corroborando tudo que foi dito, tem-se os dados oficiais coletados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), que traçou o perfil do trabalho doméstico no Brasil. A pesquisa, analisando a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) contínua, foi capaz de demonstrar

que mais de 6 milhões de brasileiros prestam serviços domésticos e, dentro desta gama, 92% são mulheres, em sua maioria negra (63% do total).

Os supracitados dados estão no estudo *Os Desafios do Passado no Trabalho Doméstico do Século XXI: Reflexões para o Caso Brasileiro a partir dos Dados da PNAD Contínua* (FONTOURA et al., 2019), que evidenciou quem são as trabalhadoras domésticas no Brasil. Ademais, destacou que a ideia de que “o lugar da mulher é onde quiser” é falaciosa em um país como o Brasil. Por oportuno, cumpre trazer as conclusões alcançadas pelo estudo:

O trabalho doméstico no Brasil é um trabalho realizado majoritariamente por mulheres negras oriundas de famílias de baixa renda. Essa afirmação soaria coloquial não apenas em função da banalização que se faz da presença das mulheres no serviço doméstico, mas também pelo racismo estrutural que, em alguma medida, aprisiona os corpos de mulheres negras nas mesmas atividades realizadas na cozinha da casa grande durante o período de escravização. Ainda que comecem cada vez mais a ser veiculadas ideias como as de que “o lugar da mulher é onde ela quiser”, o que poderia parecer óbvio em sociedades menos segmentadas e desiguais em relação a gênero, o fato é que persistem barreiras que, por um lado, limitam a participação das mulheres em determinadas esferas e, por outro, limitam sua saída de outros espaços, como é o caso do trabalho doméstico.

[...]

Se 6,2 milhões de pessoas, entre homens e mulheres, estavam empregadas no serviço doméstico, mais de 4 milhões eram pessoas negras – destas, 3,9 milhões eram mulheres negras. Estas, portanto, respondem por 63% do total de trabalhadores(as) domésticos(as). Ou seja, do ponto de vista do discurso, as mulheres negras “podem estar onde quiserem”; na prática, porém, a realidade as direciona, de maneira desproporcional, a trabalhos como o serviço doméstico remunerado, com toda a precariedade e exploração que lhe são característicos. (FONTOURA et al., 2019, p. 11-12).

4 Trabalho análogo ao escravo

Embora o fim formal da escravidão remonte ao ano de 1888,^[2] quando o Estado não mais a amparou juridicamente, não é possível afirmar

que no Brasil não se estabelecem relações análogas à de escravidão. Em verdade, o que se constata é que as correntes, os açoites e o *modus operandi* foram substituídos, o que requer um olhar atento da sociedade, do Estado e dos órgãos de proteção sobre as relações trabalhistas que se formam, a fim de que se verifique se há supressão de direitos sociais e da dignidade dos trabalhadores.

Registre-se que a manutenção das práticas atentatórias da dignidade dos trabalhadores ocorre em escala mundial, tanto que normas internacionais precisaram ser elaboradas em busca da erradicação de tal mazela social e proteção das vítimas. Nesse sentido, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) já sinalizou que mais de 40 milhões de pessoas foram vítimas da escravidão moderna, sendo 71% mulheres e meninas.^[3]

Os dados do Observatório Digital da Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas no Brasil,^[4] por sua vez, demonstram que 53.378 pessoas em condições análogas à de escravo foram resgatadas no período de 1995 a 2020. Significa dizer, em outros termos, que foram resgatadas por ano, em média, 2.053 pessoas.

Diante do citado cenário global, formou-se um arcabouço jurídico internacional de proteção do qual o Brasil fez parte. Com efeito, em 1926 a Convenção sobre a Escravatura da Organização das Nações Unidas (ONU) tratou de descrever a escravidão como “o estado ou a condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou parte dos poderes atribuídos ao direito de propriedade e o ‘escravo’ é o indivíduo em tal estado ou condição” (art. 7º do Decreto n. 58.563/1966). Posteriormente, a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura da ONU, de 1956 (também abarcada pelo Decreto n. 58.563/1966), tratou de especificar as práticas enquadradas como trabalho análogo ao escravo.

Merecem menções, ainda, a Convenção sobre Trabalho Forçado n. 29 da OIT, de 1930 (Decreto n. 10.088/2019, Anexo XIV), e a Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado n. 105 da OIT, de 1957 (Decreto n. 10.088/2019, Anexo XXV), que abordam o trabalho forçado como “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade” (art. 2º do Decreto n. 10.088/2019, Anexo XIV).

Embora tenha assinado as citadas convenções, somente em 1995 o Brasil reconheceu oficialmente que brasileiros ainda eram submetidos a trabalho escravo. O País precisou ser processado na Organização dos Estados Americanos (OEA) após conhecimento do caso do ex-escravo José Pereira.^[5] Na oportunidade, o País se comprometeu a adotar, entre outras medidas, modificações legislativas, especialmente no que tange ao art. 149 do Código Penal (CP).^[6]

A alteração legislativa foi feita para destrinchar as condutas capazes de implicar a configuração do trabalho análogo ao de escravo. Por oportuno, cumpre transcrever o que dispõe a previsão legal do art. 149 do CP:

Redução a condição análoga à de escravo

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Conforme se verifica da leitura do dispositivo, o legislador brasileiro passou a prever as condutas típicas em seu *caput* e as condutas por equiparação no seu parágrafo primeiro. Trata-se de conceito amplo e que consegue abarcar as restrições de direitos sofridas pelas vítimas e que não se limitam unicamente à restrição de sua liberdade, sendo

de suma importância a análise do caso concreto e a constatação de violação à dignidade da pessoa humana.

5 Trabalho escravo doméstico

Como visto, ao tratar sobre os contornos do trabalho doméstico no Brasil, pode-se dizer que o trabalho doméstico por muito tempo foi alvo de negligência, no sentido de não terem sido lançados os olhos às ausências de direitos e de proteção. O fato de não se imputar aos trabalhos domésticos a real formatação de um trabalho, com dispêndio de energia física e mental, pode ser um dos fatores de tal negligência. Ademais, a prestação de um trabalho que é feito no lar, às vezes sem outros colegas de profissão, auxilia na ausência de denúncias de irregularidades.

O histórico dessa falta de um olhar mais atencioso ao trabalho doméstico no Brasil pode ser comprovado pela própria ausência de construção legislativa de proteção ao ofício. Com efeito, somente com a Constituição de 1988, considera-se ter havido um tratamento jurídico que visualiza especificamente o trabalho prestado pelas empregadas domésticas.

Contudo, embora a atual Constituição tenha previsto uma ampliação de direitos, se comparada com a Constituição de 1967, é preciso pontuar que houve expressamente uma distinção entre os direitos conferidos ao ofício em questão e os dos demais empregos protegidos constitucionalmente.

Corroborando com o exposto, previa o art. 7º os direitos conferidos aos trabalhadores, mas com a ressalva para as empregadas domésticas, que só poderiam gozar daqueles previstos no parágrafo único. Trata-se de uma demonstração que, ao nosso sentir, é mais do que simbólica, não se trata de não uma invisibilidade, mas de um projeto de Estado que escolhe negar direitos aos que resolvem/precisam trabalhar no ofício.

Apenas após 25 anos, à base de lutas sociais, é que as empregadas domésticas conseguiram se ver inseridas em um rol maior de proteção dos direitos trabalhistas. Por certo, a Emenda Constitucional n. 72/2013 veio para alterar o parágrafo único do art. 7º da Constituição, estabelecendo igualdade de direitos entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. Regulamentando os novos direitos experimentados pelas empregadas domésticas, foi editada e sancionada a Lei Complementar n. 150/2015.

Além de tirar a invisibilidade do ofício, o novo cenário normativo é de suma relevância para alterar a lógica construída para o exercício do trabalho doméstico. Percebe-se que, antes de tal regulamentação, por exemplo, não havia um controle obrigatório da jornada de trabalho e uma vedação legal a descontos salariais feitos em decorrência do fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia, bem como das despesas com transporte, hospedagem e alimentação em caso de acompanhamento em viagem, direitos previstos nos arts. 2º e 18 da Lei Complementar n. 150/2015.

Registre-se que a ausência de tais previsões normativas dificultava, inclusive, o enquadramento da situação de labor doméstico como hipótese de condição em trabalho análogo ao escravo. Nesse sentido, não se estranhava o fato de uma empregada doméstica chegar cedo à casa em que iria laborar e sair no final do dia ou da noite, sem qualquer observância a um controle de jornada de trabalho.

Impende destacar que as práticas que podem enquadrar o trabalho doméstico como análogo ao escravo, nos moldes do art. 149 do CP, dizem respeito a qualquer tipo de conduta em que se verifiquem a afronta e o desrespeito à dignidade humana. Assim, é preciso fazer a análise do caso concreto para verificar a presença de trabalho forçado, jornada exaustiva, condições degradantes, servidão por dívida ou conduta equiparada.

Em regra, o que se percebe, nos casos em que se constata o trabalho escravo doméstico, são narrativas de ausência de controle de jornada de trabalho, principalmente nas hipóteses em que a trabalhadora doméstica dorme na casa de seus empregadores. Verifica-se uma ausência de separação de espaços entre o que é o ambiente de trabalho efetivo da empregada e o seu espaço privado. Em outros termos, essas empregadas são acionadas a qualquer momento sem que haja o respeito a sua privacidade e ao seu espaço de descanso.

Sobre este aspecto, é preciso que se diga que o Brasil recentemente ratificou a Convenção n. 189 da OIT (Decreto n. 172/2017), que prevê expressamente o comprometimento do membro signatário em que a vida privada dos trabalhadores do serviço domésticos seja preservada. É o que se verifica da leitura do art. 6º da supramencionada convenção:

Artigo 6

Todo Membro deverá adotar medidas para assegurar que trabalhadores domésticos, como os trabalhadores em geral, usufruam de condições equitativas de emprego e condições de trabalho decente, assim como, *se residem no domicílio onde trabalham, assegurar condições de vida decentes que respeitem sua privacidade.* (Grifo nosso).

Outrossim, os relatos demonstram, ainda, a retenção de documentos pessoais, a cobrança de dívidas supostamente contraídas e a submissão a ambiente de trabalho e de moradia degradantes. É notório que o fato de muitas dessas empregadas domésticas possuírem uma baixa escolaridade e terem ido morar na casa de seus empregadores ainda muito novas as faz não enxergarem a situação como violadora de seus direitos, ocorrendo casos, inclusive, de permanecer um sentimento de gratidão.

Compreensível tal tipo de comportamento, tendo em vista que a ausência de um modelo de relação de trabalho saudável faz a vítima imaginar que a situação degradante é o padrão correto a ser seguido. Cabe nesses casos uma intervenção externa de conscientização para alteração do cenário.

6 A pandemia e o trabalho escravo doméstico: relatos

Traçado um enquadramento do que se entende como trabalho doméstico escravo e de quem são as maiores vítimas de tal ilicitude, cumpre demonstrar como o cenário pandêmico acentuou tal problemática social, bem como deu maior visibilidade aos casos existentes nas grandes cidades.

A priori, deve-se relembrar que a primeira pessoa a morrer de covid-19, no Rio de Janeiro, em março de 2020, foi uma empregada doméstica que teve contato com a patroa, que viajou para a Itália e voltou com a doença (GOVERNO..., 2020). No mesmo sentido, impende relatar que o segundo caso de coronavírus na Bahia foi o de uma empregada doméstica, em Feira de Santana, que foi contaminada pela patroa, primeira infectada. Nesse último caso, a empregada acabou contaminando os pais idosos (SEGUNDO..., 2020).

Apenas com esses poucos relatos, já é possível pontuar a falta de zelo com a saúde dessas trabalhadoras. Ainda que não existisse a covid, é certo que não se percebe um cuidado dos empregadores em não transmitir doenças infectocontagiosas, sejam elas quais forem. Não é uma lógica facilmente constatada a dispensa do trabalho da empregada doméstica em virtude do adoecimento dos empregadores, a fim de que não adoença também.

No cenário pandêmico que se instalou no Brasil, perceberam-se duas posturas adotadas em frente ao trabalho doméstico: a obrigatoriedade de que as empregadas ficassem nas casas dos patrões na duração da pandemia e a dispensa em massa.

No que tange à segunda postura, verifica-se que se tratou muitas vezes de consequência aplicada às empregadas que não se submeteram à condição de ficar na casa de seus empregadores até que a pandemia acabasse. Como alternativa, as empregadas se viram na necessidade de prestar serviços na qualidade de diaristas.

Há relatos de empregadas domésticas que trabalharam durante anos na mesma casa, mas foram demitidas em meio à pandemia, pois não aceitaram dormir no trabalho. Foi o caso relatado de Elineide, demitida após 17 anos de trabalho em uma casa:

Depois de 17 anos como empregada doméstica numa casa em Salvador, Elineide foi demitida em novembro do ano passado. Os patrões queriam que ela dormisse na casa deles.

Mãe de duas crianças, não podia ficar tão longe. O marido dela, pedreiro, está desempregado. Na semana seguinte à demissão dela, Elineide fez a primeira diária. Recorda que teve medo de estar na casa de um desconhecido durante a pandemia. Cinco meses depois, chega a trabalhar em quatro casas diferentes. (SANTANA, 2021).

Sobre a obrigatoriedade de ficar nas casas dos empregadores, é preciso que se diga, inicialmente, tratar-se de uma obrigação velada, tendo em vista que, como se viu, na prática a discordância pode importar em despedida do trabalho. Outrossim, é certo que a expressa menção de privação de liberdade já é um grande indicativo de existência de trabalho análogo ao escravo, sendo uma ilegalidade.

Os relatos feitos pelas empregadas que se sujeitaram a dormir na casa de seus empregadores é de total desrespeito aos seus direitos, completo afastamento da sua vida particular e familiares, bem como total vulnerabilidade:

Aila* não saiu da casa dos patrões por quase um ano. Eles queriam se proteger do coronavírus e o preço foi a liberdade dela, empregada doméstica que ficou privada da própria vida desde março do ano passado até fevereiro deste ano. Ela reclamava, era livre. “Mas é para o bem de todos”, respondia a patroa. Aila* precisava do salário. Foi ficando naquele cárcere, por necessidade.

As portas da rua foram fechadas para ela assim que a pandemia começou. Cuidava de duas crianças, limpava e cozinhava, mas não tinha folga. Os patrões exigiram que ela permanecesse no apartamento, com eles e os dois filhos, em Lauro de Freitas, na Região Metropolitana de Salvador, “enquanto a pandemia durasse”. Se não, seria demitida do emprego que lhe pagava R\$ 1,5 mil mensais. Aila* dependia do salário e passou a não voltar para casa, em Salvador. Dizer sim nem sempre é escolha. Pelo extra no trabalho, não ganhou remuneração a mais.

[...]

Em novembro do ano passado, Marlene* completou seis meses no trabalho. Durante o tempo confinada no apartamento onde trabalhava há cinco anos, na Pituba, não voltava para casa. Era impedida sob o pretexto de que poderia infectar a patroa idosa. No limite, com saúde dos filhos e neto, ela pediu demissão. (EMPREGADAS..., 2021).

As citadas condutas claramente não observaram as orientações presentes na Nota Técnica Conjunta n. 04/2020 do MPT,^[7] que, inclusive, veiculou cartilha de cuidados mútuos para evitar o contágio no Trabalho Doméstico.^[8]

Além de ter acentuado o desrespeito à dignidade e à vida privada das empregadas domésticas, a pandemia foi marcada, ainda, por um olhar mais voltado aos relatos do trabalho análogo ao escravo nas casas das famílias situadas nas grandes cidades brasileiras. Em outros termos, tem-se, desde o início da pandemia, a sensação de que tais relatos aumentaram, tomando espaço nos noticiários e mídias sociais, mas, em verdade, o que se percebe é que os questionamentos e o olhar foram alterados.

Nesse sentido, é possível pontuar que os questionamentos “Em que lugar mora a empregada doméstica que presta serviço na minha casa?” ou “Qual ou quais meios de transportes a empregada doméstica utiliza para chegar ao trabalho?” aparecem. Outrossim, é preciso destacar que o cenário pandêmico nos fez perceber mais o ambiente em que se mora, bem como se questionar “como mora o vizinho e quem presta serviços a este”.

Essa última percepção é de suma relevância para a maior verificação de trabalho análogo ao escravo, tendo em vista que se começa a analisar a forma que o outro, o vizinho, trata a empregada doméstica que presta serviço em sua casa. É esse olhar que permite que as denúncias de irregularidades tomem forma.

Repise-se que, muitas vezes, a percepção da empregada que se encontra em tal condição está corrompida por uma ideia de familiaridade com aquela situação que lhe é comum, bem como com as pessoas a quem presta serviço há anos. Por vezes há um sentimento de gratidão entre a vítima e os criminosos que precisa ser desconstruído. Outrossim, como a irregularidade trabalhista ocorre dentro de uma casa que, em regra, não conta com outros trabalhadores, é difícil, inclusive, existir uma cooperação e debate das condições de trabalho entre trabalhadores para o entendimento de que algo está errado.

Corroborando com tudo o que foi dito até aqui, tem-se o caso emblemático de Madalena Gordiano, resgatada, em 27 de novembro de 2020, por auditores fiscais do Trabalho e pela Polícia Federal, no centro de Patos de Minas-MG. Os auditores narraram que a empregada dormia em um quarto pequeno, sem janela, abafado, e não recebia nenhuma verba trabalhista.

A sua história com a família que a explorou começou quando ela tinha oito anos. Ao pedir comida a uma senhora, recebeu a proposta de ficar na casa de sua família para estudar. Em verdade, o que ocorreu é que ela nunca estudou e foi colocada para fazer os serviços domésticos. Após 24 anos de serviço prestado à primeira empregadora, ela foi dada ao filho da dona da casa. Percebe-se uma total “coisificação” do ser humano.

O relato de Madalena só chegou ao conhecimento da sociedade após denúncia dos vizinhos da família. Nesse sentido, em reportagem, o vizinho da família narrou:

Ela acordava às 4 da manhã para poder passar roupa. Ninguém deles podia ver ela conversando com alguém do prédio. Você via que ela ficava com medo quando eles chegava (sic). (MULHER..., 2020).

Percebe-se que os vizinhos foram fundamentais para que as autoridades tomassem conhecimento dessa situação, tendo em vista que Madalena começou a pedir ajuda para comprar produtos de higiene pessoal.

A veiculação de tal notícia motivou a denúncia de outros dois casos ao Ministério Público do Trabalho da Bahia (MPT-BA). Leda Lúcia dos Santos, de 61 anos, foi resgatada em um bairro de classe média de Salvador, após trabalhar por cerca de 50 anos sem receber salários. Luzia Geraldo, de 49 anos, por sua vez, trabalhou sem contraprestação por 36 anos. As narrativas das três histórias guardam algumas similitudes no padrão das vítimas, a saber: são mulheres, negras, com baixa escolaridade e que foram submetidas, ainda crianças e adolescentes, a situações degradantes de trabalho.

Sobre os dois casos ocorridos em Salvador, necessário pontuar trechos das narrativas de defesa dos patrões dessas empregadas domésticas que foram veiculados na imprensa. As teses comumente utilizadas são de que: não se trata de funcionárias, pois são quase da família; ou que se fez um favor a essas mulheres, que se encontravam em situação de vulnerabilidade social. Vejamos o que disseram os advogados das duas famílias:

[...] não a via como uma profissional do lar, não a via como uma empregada doméstica e o motivo dela não receber salário era em função disso.

[...] Para o bem ou para o mal, as decisões foram tomadas pelo casal, que resultaram em benefício para todos, em especial para aquela menina que não teria como sobreviver no sertão baiano.^[9]

Por fim, mas não menos importante, tem-se a morte do menino de Miguel, de cinco anos, em junho de 2020, ao cair de um prédio em Recife-PE. Em plena pandemia, a empregada doméstica se viu obrigada a levar o seu filho para a casa da empregadora, tendo em vista o fechamento das creches. Ao descer para passear com o cachorro da família, a empregada deixou o seu filho aos cuidados da empregadora, que permitiu ao menino pegar o elevador sozinho e andar pelo prédio, o que culminou numa queda fatal (CASO..., 2020).

Embora o caso não aborde o trabalho análogo ao escravo, percebe-se que aborda uma narrativa que esse artigo se propôs demonstrar. A pandemia foi capaz de mostrar uma cultura ainda arraigada na sociedade brasileira de desrespeito às trabalhadoras domésticas.

Nem mesmo o cenário pandêmico foi capaz de fomentar um olhar de empatia para com as trabalhadoras que prestam serviço no lar. Em verdade, constatou-se claramente uma lógica de desrespeito e de exposição dessas empregadas que, quando não tiveram cerceada sua liberdade, sob pena de perder o sustento, estavam em uma condição análoga à escrava.

7 Considerações finais

Esse artigo se preocupou em apresentar alguns relatos de trabalho análogo ao escravo na sociedade brasileira, precisamente o trabalho escravo doméstico no cenário pandêmico. Para a análise dos casos narrados, foi de suma relevância o estudo de como o negro foi inserido no mercado de trabalho brasileiro, sendo evidente que a assinatura da Lei Áurea não importou na assinatura das carteiras de trabalho dos ex-escravos.

O enfoque no trabalho doméstico no Brasil permitiu a constatação de que se trata de ofício delimitado por dois marcadores sociais: o gênero e a raça negra. Percebe-se que as vítimas são, em regra, meninas que foram trabalhar na casa de uma família que não respeita os direitos trabalhistas e a dignidade da pessoa humana.

O cenário da pandemia acentuou a problemática do desrespeito, tendo em vista que empregadores se viram no direito de vincular a oferta de trabalho à restrição da liberdade da empregada doméstica. Em outros termos, ou se aceita morar na casa dos patrões até o fim da pandemia ou se é despedida. Ademais, ficaram em evidência diversos casos de resgate de empregadas domésticas em condições análogas à de escravo durante a pandemia nas grandes cidades brasileiras. Vizinhos dessas vítimas, em quarentena nas suas casas, perceberam as situações de irregularidade.

A demonstração dos relatos ocorridos nesses anos de pandemia é de vital importância, tendo em vista que, somente através do conhecimento dos

casos de irregularidade, é possível compreender que vivemos em um país marcadamente misógino e racista, considerando o padrão das vítimas, a saber: mulheres negras.

Referências

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Para educar crianças feministas: um manifesto**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

BRASIL. **Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850**. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Brasília: [20--]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20terras%20devolutas,sem%20preenchimento%20das%20condi%C3%A7%C3%B5es%20legais. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 528, de 28 de junho de 1890**. Regulariza o serviço da introdução e localização de imigrantes na República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: [20--]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Regularisa%20o%20servi%C3%A7o%20da%20introduc%C3%A7%C3%A3o,dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brazil.&text=3%C2%BA%20A%20policia%20dos%20portos,como%20dos%20mendigos%20e%20indigentes>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 58.563, de 1º de junho de 1966**. Promulga a Convenção sobre Escravatura de 1926 emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956. Brasília: [20--]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58563.html. Acesso em: 10 out. 2021.

CASO Miguel: "Ela deixou meu filho ir para a morte", diz mãe de menino que estava aos cuidados da patroa e morreu. **G1 Rio**, Rio de Janeiro, 5 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/06/05/ela-deixou-meu-filho-em-perigo-diz-mae-de-menino-que-estava-aos-cuidados-da-patroa-e-morreu.ghtml>. Acesso em: out. 2022.

DÓRIA, Marcela Monteiro; FURLANETTI, Thalma Rosa de Almeida. Meninas, discriminação e trabalho infantil doméstico. In: ARAÚJO, Adriane Reis de; LOPES, Andrea Lino; GURGEL, Maria Aparecida; COELHO, Renata (org.). **Direitos humanos no trabalho pela perspectiva da mulher**. Belo Horizonte: RTM, 2019. p. 237-250.

EMPREGADAS são obrigadas a ficar na casa dos patrões “enquanto a pandemia durar”. **Correio da Bahia**, Salvador, 10 abr. 2021. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/empregadas-sao-obrigadas-a-ficar-na-casa-dos-patroes-enquanto-a-pandemia-durar/>. Acesso em: 10 fev. 2022

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. São Paulo: Globo, 2008. (v. 1 – O legado da raça branca).

FONTOURA, Natália de Oliveira *et al.* **Os desafios do passado no trabalho doméstico do século XXI**: reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados da PNAD Contínua. Brasília: Ipea, 2019. (Texto para Discussão). Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9538/1/td_2528.pdf. Acesso em: set. 2022.

GOMES, Isabella Filgueiras. Trabalho escravo doméstico no Brasil contemporâneo: contornos, características e formas de enfrentamento. In: ARAÚJO, Adriane Reis de; LOPES, Andrea Lino; GURGEL, Maria Aparecida; COELHO, Renata (org.). **Direitos humanos no trabalho pela perspectiva da mulher**. Belo Horizonte: RTM, 2019. p. 251-278.

GONZALES, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. **Revista Ciências Sociais Hoje**, São Paulo, n. 184, p. 223-244, 1984.

GOVERNO do RJ confirma a primeira morte por coronavírus. **G1 Rio**, Rio de Janeiro, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/19/rj-confirma-a-primeira-morte-por-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 10 fev. 2022

HASENBALG, Carlos. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**. Traduzido por Patrick Burglin. Prefácio de Fernando Henrique Cardoso. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005.

MPT – MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Cuidados mútuos para evitar o contágio no trabalho doméstico**. Brasília: MPT, 2020. (Cartilha). Disponível em: http://informe.ensp.fiocruz.br/assets/editor/files/cartilha-cuidados_trabalhadores_domesticos.pdf. Acesso em: 10 fev. 2022.

MPT – MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Nota Técnica Conjunta 04/2020**. PGT/COORDIGUALDADE/CODEMAT/CONAETE/CONAFRET/CONAP. Brasília: MPT, 2020. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-4-coronavirus-vale-essa.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

MPT – MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO; OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Observatório Digital do Trabalho**

Escravo no Brasil. Brasília: MPT, 2020. Disponível em: <https://smartlabbr.org/trabalhoescravo/localidade/0>. Acesso em: 10 out. 2021.

MULHER é libertada em MG após 38 anos vivendo em condições análogas à escravidão. **G1 Rio**, Rio de Janeiro, 20 dez. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/12/20/mulher-e-libertada-em-mg-apos-38-anos-vivendo-em-condicoes-analogas-a-escravidao.ghtml>. Acesso em: out. 2022.

NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro**: processo de um racismo. 3. ed. São Paulo: Perspectiva S/A, 2016.

RAMATIS, Jacino. **O negro no mercado de trabalho em São Paulo pós-abolição – 1912/1920**. 2013. Tese (Doutorado em História Econômica) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8137/tde-11042013-093449/pt-br.php>. Acesso em: 11 jan. 2021.

SANTANA, Fernanda. Desempregadas, mulheres viram diaristas e aceitam até R\$ 50 por 10h de trabalho. **Correio da Bahia**, Salvador, 24 abr. 2021. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/desempregadas-mulheres-viram-diaristas-e-aceitam-ate-r-50-por-10h-de-trabalho/>. Acesso em: 10 fev. 2022

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. (Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento da diferença e da igualdade).

SEGUNDO caso de coronavírus na Bahia: doméstica de Feira é a vítima. **Correio da Bahia**, Salvador, 7 mar. 2020. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/segundo-caso-de-coronavirus-na-bahia-domestica-de-feira-e-a-vitima/>. Acesso em: 10 fev. 2022.

Notas

- [1] Termo utilizado por Chimamanda Ngozi Adichie em seu livro *Para Educar Crianças Feministas: um Manifesto*.
- [2] Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888 (Lei Áurea).
- [3] Dados disponíveis em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-escravo/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 10 out. 2021.
- [4] Criado pela equipe do Smartlab de Trabalho Decente (uma parceria do Ministério Público do Trabalho e da Organização Internacional do Trabalho no Brasil), que busca fomentar a gestão eficiente e transparente de políticas públicas, de programas e de projetos de prevenção e de erradicação do trabalho escravo. Disponível em: <https://smartlabbr.org/trabalhoescravo/localidade/0>. Acesso em: 10 out. 2021.
- [5] Aos 8 anos foi trabalhar em uma fazenda onde foi submetido a condições de trabalho análogas à da escravidão até os 17 anos. Ao tentar fugir, levou um tiro e precisou se fingir de morto para sobreviver. Firmado acordo no processo, o Brasil se comprometeu a reparar financeiramente os danos causados. O empregado recebeu a indenização 14 anos depois de fugir. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/casos-atuais-de-escravidao/ex-escravo-conta-sua-historia.aspx>. Acesso em: 10 out. 2021.
- [6] Disponível em: <http://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>. Acesso em: 10 out. 2021.
- [7] Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-no-4-corona-virus-1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.
- [8] Disponível em: http://informe.ensp.fiocruz.br/assets/editor/files/cartilha-cuidados_trabalhadores_domesticos.pdf. Acesso em: 10 fev. 2022.
- [9] Transcrição de trecho da entrevista veiculada pelo programa *Fantástico* em 11 de julho de 2021. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/9678518/>. Acesso em: 22 out. 2021.

Reserva de vagas para populações vulnerabilizadas em concursos das magistraturas: necessidade de que a ação afirmativa seja efetiva

Sebastião Vieira Caixeta

Procurador Regional do Trabalho. Conselheiro Nacional do Ministério Público nos biênios 2017/2019 e 2019/2021. Presidente da Comissão de Planejamento Estratégico do CNMP (set. 2017 a out. 2021). Presidente do Comitê Nacional do Ministério Público de Combate ao Trabalho em Condições Análogas à de Escravo e ao Tráfico de Pessoas (mar. 2019 a out. 2021). Especialista em Direito e Processo do Trabalho e em Direitos Humanos e Trabalho.

Resumo: Este estudo foi realizado para averiguar a efetividade da ação afirmativa de reserva de vagas no contexto atual de incidência somente na fase inicial (prova objetiva) nos concursos do Ministério Público e da Magistratura. Buscou-se analisar os resultados práticos da instituição desta ação afirmativa no ingresso de pessoas vulnerabilizadas, em especial pessoas negras e com deficiência, nas carreiras respectivas, a partir de dados objetivos e de revisão de doutrina específica. Pode-se constatar que a instituição da referida ação afirmativa nos moldes atuais não foi capaz de promover a acessibilidade às carreiras com mínima representatividade da diversidade apresentada nos dados demográficos. Necessário, portanto, que a ação afirmativa seja ampliada às demais fases dos concursos para as referidas carreiras de modo a dar efetividade à política pública de inclusão que tem fundamento constitucional.

Palavras-chave: ação afirmativa; reserva de vagas; fases posteriores à da prova objetiva.

Sumário: 1 Introdução. 2 Ação afirmativa de reserva de vagas. 3 Inoperância do atual mecanismo de reserva de vagas. Frustração da ação afirmativa. 4 Reverberação da ação afirmativa de reserva de vagas nas fases posteriores à da prova objetiva. 5 Conclusões.

1 Introdução

Este artigo é uma adaptação do estudo que o autor promoveu na condição de integrante da comissão criada com o escopo de propor, no prazo de 45 dias, a revisão e a atualização da Resolução n. 143/2017 do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho (CSMPT), como relator da parte que trata da ação afirmativa de reserva de vagas para pessoas vulnerabilizadas.

O problema foi suscitado, nos autos do Procedimento de Gestão Administrativa (PGEA) n. 20.02.0001.0001109/2022-33, pelo Coletivo Tecendo Diversidade e decorreu das observações colhidas na execução do

projeto Tecendo Diversidade, [que] foi criado por um coletivo de Procuradoras do Trabalho, com o objetivo de apoiar candidatas negras e ainda não financeiramente estáveis na busca pela sonhada aprovação no concurso para Procuradora do Trabalho.^[1]

O referido Coletivo formulou “sugestões de aprimoramento da Resolução do CSMPT de n. 143/2017, alterada pela Resolução n. 170/2019, que estabelece as normas sobre o concurso para ingresso na carreira do Ministério Público do Trabalho”.

As alterações sugeridas pretendem impactar “no acesso de candidatas e candidatos cotistas, pois têm o efeito de garantir a participação em todas as fases, exigindo-se a média geral de 50 pontos”.

Veja-se a fundamentação constante do aludido documento:

Os dispositivos sugeridos contribuirão para que cotistas possam ter suas provas de segunda e terceira fase corrigidas, valorando-se o conhecimento de forma mais integral, com menor impacto da primeira fase, que é a que mais requer tempo de estudo de curto prazo e grande quantidade de horas, pela característica de memorização de conteúdo, sobretudo trechos de lei, o que acaba dificultando o acesso de pessoas que não disponham de substancial tempo livre nos meses que antecedem a prova, em especial pessoas que precisam continuar trabalhando em tempo integral.

À guisa de substratos fáticos, o Coletivo aduziu que, mesmo após a implantação das cotas raciais, não houve aprovação de nenhuma candidata negra cotista no XX Concurso para a Carreira do Ministério Público

do Trabalho, primeiro certame que trouxe a ação afirmativa no edital, esclarecendo que apenas um candidato negro foi aprovado em todas as etapas, ou seja, um único homem negro entre os trinta aprovados, muito aquém dos 20% previstos como reserva mínima pela legislação.

Reforçou que essa necessidade de aprimoramento fica evidente quando se analisam os dados das candidatas e dos candidatos aprovados nos últimos dois certames. No XX Concurso, houve inscrição de 5.293 pessoas, sendo 591 nas cotas para pessoas negras (11,16%). Na primeira fase (prova objetiva), foram classificados 312 candidatas e candidatos, dos quais 102 eram pessoas negras (32,69%). Na segunda fase (prova discursiva), de 66 pessoas aprovadas, sete se autodeclararam negros (10,6%). Na terceira fase (prova prática), das 31 pessoas aprovadas, restaram duas pessoas negras (6,45%). Ao final, foi aprovado um candidato que se autodeclarou negro dentre os trinta aprovados (3,33%). Já na primeira fase do XXI Concurso, dos 5.646 inscritos, 784 concorreram pelo sistema de cotas para pessoas negras (13,88%). Foram classificadas 265 pessoas para a segunda fase, 49 pessoas negras (18,5%), 53 a menos que no anterior, uma queda de quase 50%.

Também foi objeto do estudo o "Relatório com as propostas aprovadas na plenária das oficinas da 1ª Conferência sobre Igualdade de Gênero do Ministério Público do Trabalho: gênero e interseccionalidade", realizadas nos dias 24 e 25 de março e 8 de abril de 2021. Essas oficinas foram idealizadas pelo Comitê da Política Nacional de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade do MPT e pela Coordenadoria Nacional de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (Coordigualdade) para seis turmas. A seguir, transcreve-se o Enunciado n. 11, atinente ao objeto deste artigo:

Enunciado 11 – Considerando que a segunda e terceira fases do Concurso para a Carreira do MPT atualmente tem esvaziado a ação afirmativa voltada para as pessoas negras e com deficiência, eliminando o diferencial previsto, e com vistas a dar efetividade às ações afirmativas de vagas para a promoção de igualdade étnico-racial e para as pessoas com deficiência, deve ser estabelecido processo diferenciado de avaliação de candidatas e candidatos cotistas com a eliminação somente quando obtiverem médias inferiores a nota mínima de 50 (cinquenta), na escala de 0 (zero) a 100 (cem) na soma das notas das provas discursiva e prática. Encaminhe-se para o

CSMPT, CNMP, MPU e outros órgãos para aplicação igualmente ao concurso dos servidores e servidoras.

Ainda foi analisada a manifestação da Coordenadoria Nacional de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho, que apresentou ao procurador-geral do Trabalho enunciados do relatório citado como "importantes contribuições de aprimoramento da proposta de resolução que regulamenta o concurso de ingresso na carreira",^[2] sendo que, com relação ao tema deste artigo, é noticiado o Enunciado acima transcrito.

Como se vê, está em apreciação neste artigo a possibilidade ou não de se flexibilizar a nota mínima de 50% das provas discursiva e prática, bem como do mesmo percentual em cada uma das matérias da prova oral para candidatos cotistas, de modo que a eliminação destes, diferentemente dos demais candidatos, somente se dê quando obtiverem médias inferiores à nota mínima de cinquenta, na escala de zero a cem, na soma das notas das provas discursiva e prática e em cada uma das matérias da prova oral.

O objetivo é buscar o alcance, de forma global, dos percentuais mínimos previstos e dar efetividade, em prol das pessoas negras, à ação afirmativa de reserva de vagas, a qual tem sido esvaziada pelo sistema de avaliação que exige nota mínima nas provas discursiva, prática e em cada uma das matérias da prova oral, de forma isolada.

2 Ação afirmativa de reserva de vagas

Ação afirmativa é a decisão política, jurídica, administrativa ou empresarial que, por meio do tratamento especial ou diferenciado que prioriza ou dá preferência a algumas pessoas socialmente vulneráveis, juridicamente desigualladas, visa a atingir a igualdade real. Essas medidas são temporárias e visam a reequilibrar as situações reais de desigualdade (MPT, 2019, p. 10).

Isso decorre da constatação de que se faz necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade como processo. Ou seja, para assegurar a igualdade, não basta proibir a discriminação mediante legislação repressiva.

São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e a inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e a intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem consistente padrão de violência e de discriminação (PIOVESAN, 2005, p. 38).

Ações afirmativas são, pois, ações de discriminação positiva com objetivos compensatórios voltados a camadas da população historicamente marginalizadas (DANTAS, 2020, p. 51).

Nesse sentido, situam-se como poderoso instrumento de inclusão social. Essas ações constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de isonomia, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, entre outros (PIOVESAN, 2005, p. 39).

Trata-se, portanto, de legítima discriminação reversa ou positiva em favor de populações vulnerabilizadas com a finalidade de compensar desigualdades objetivas, perseguindo o ideal de igualdade real.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo-lhes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.^[3]

Esse tipo de política permite tratar desiguais de forma desigual com o objetivo de promover a igualdade de oportunidades hoje negada aos grupos racialmente discriminados (JACCOUD; BEGHIN, 2002, p. 46).

A mesma Suprema Corte assentou:

Ementa: Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido. 1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. *Em primeiro lugar, a desigualdade promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.* 1.2. *Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator "raça" como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma "burocracia representativa", capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais.* 1.3. *Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tripla dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014.* 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla

defesa. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.^[4]

Na antecipação ao voto condutor do acórdão acima, o relator, ministro Roberto Barroso, desenvolve raciocínio atinente à igualdade material, quando aborda o racismo estrutural que gerou desigualdade material profunda, e defende que qualquer política redistributiva precisará indiscutivelmente cuidar de dar vantagens competitivas aos negros, citando ainda esta frase feliz de Martin Luther King: “É óbvio que se um homem entra na linha de partida de uma corrida trezentos anos depois de outro, o primeiro teria de fazer uma façanha incrível a fim de recuperar o atraso”. Logo, para possibilitar a recuperação do atraso, existem as políticas de ação afirmativa. Essa fundamentação, em tudo, aplica-se às demais populações vulnerabilizadas, como pessoas com deficiência, quilombolas, indígenas e transgênero.

Na mesma linha, vai Michael Sandel, citando Rawls, quando ensina que uma das formas de remediar a injustiça distributiva é corrigir as diferenças sociais e econômicas, porque, para que a corrida seja justa, é necessário que todos os corredores comecem do mesmo ponto de partida e porque os vencedores só serão merecedores das recompensas se todos partirem da mesma linha de largada (SANDEL, 2012, p. 192).

Desse modo, é absolutamente legítimo e constitucionalmente desejável que as cotas alcancem sua máxima efetividade, como forma de, materialmente, diminuir as desigualdades que tanto mal fazem à

tessitura social. É uma forma de promover a Justiça Social tão prometida e tão querida pelo Legislador Constituinte.

3 Inoperância do atual mecanismo de reserva de vagas. Frustração da ação afirmativa

Como é cediço, a despeito da reserva de vagas para populações vulnerabilizadas, a atual sistemática de avaliação não tem permitido o acesso das candidatas e dos candidatos cotistas às carreiras do Ministério Público do Trabalho e de magistraturas afins, não se alcançando, nem de longe, o percentual mínimo definido em lei, como forma de dar cumprimento, de modo completo e efetivo, ao princípio da isonomia previsto na Constituição da República.

Os dados empíricos revelam que, no XX para a carreira do Ministério Público do Trabalho, foram aprovadas, na reserva de vagas, uma pessoa com deficiência e uma pessoa negra do total de trinta aprovados. No XXI, foram aprovadas três pessoas negras, sem aprovação de pessoas com deficiência, do total de 42 aprovados.

Essa situação é similar à verificada em carreiras afins do Sistema de Justiça, como nos concursos para a Justiça Federal, em que, aplicando-se percentuais e critérios avaliativos similares aos do certame do MPT, não houve a aprovação de nenhum candidato pela reserva de vagas para candidatos e candidatas negros (DANTAS, 2020, p. 135).

Nesse contexto, é imperativo repensar o atual mecanismo de reserva de vagas com o intuito de reverter a constatação empírica de que o desiderato da norma constitucional de buscar a igualdade material a partir da reserva temporária de vagas não tem sido alcançado, quadro atual que acaba por retirar densidade, força e efetividade do comando constitucional, a resultar, no limite, na própria inconstitucionalidade da situação verificada faticamente.

Como ensina a melhor doutrina, o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais exige que o intérprete sempre tente fazer com que o direito fundamental atinja plena realização, sem que a prevalência de um determinado direito fundamental no caso concreto esvazie ou elimine outro fundamental direito eventualmente

conflitante, resolvendo o intérprete o aparente conflito que, pontualmente, se apresente (SARLET, 2008, p. 286).

Nesse diapasão, o desafio é construir solução jurídica que milite a favor do pleno alcance do percentual mínimo de vagas reservadas às populações vulnerabilizadas, com a preservação do direito dos demais candidatos de observância equânime da nota mínima a todos imposta.

Para tanto, é imprescindível reformular a etapa de implementação da ação afirmativa de reserva de vagas nos concursos das magistraturas, que é o momento em que a política pública se materializa e se concretiza de fato, o ponto em que os planos formulados se tornam realidade. Perpassando os processos decisórios, a implementação é igualmente o momento em que transparecem as diferenças entre o que foi formulado e o que foi executado, bem como as dissonâncias entre os objetivos almejados e os resultados alcançados (LOTTA, 2019, p. 12-13).

Como se sabe a partir de estudos clássicos, o ciclo de políticas públicas é descrito como um processo racional e linear, com etapas sucessivas e identificáveis: a escolha de problemas (agenda), a opção por alternativas (formulação), a execução (implementação) e uma reflexão sobre resultados (avaliação) (LASSWELL, 1951 *apud* DANTAS, 2020, p. 25).

Ora, o cotejo (avaliação) entre as etapas da formulação e da implementação conduz, iniludivelmente, à conclusão de que a política pública de ação afirmativa de reserva de vagas não vem produzindo os resultados projetados, sendo praticamente inexistente a aprovação de candidatos cotistas, o que redundava na anulação total da própria política pública de reserva de vagas.

Nesse contexto, calha bem a advertência, feita em 2009, mas ainda atual, de José Eduardo de Resende Chaves Júnior ao Conselho Nacional de Justiça, que também deve orientar o Conselho Nacional do Ministério Público e todo o Ministério Público brasileiro:

O Conselho Nacional de Justiça não pode continuar a fazer vista grossa para o problema racial no Judiciário. O seu papel de condutor das políticas públicas judiciárias, função que vem desenvolvendo com excelentes resultados concretos, deve ser orientado, o mais rápido possível, a exigir dos Tribunais brasileiros a combater de forma positiva, imediata e concreta a odiosa, hedionda e velada discriminação racial. (CHAVES JÚNIOR, 2009).

Uma tentativa válida para superar esse quadro de inoperância da ação afirmativa de reserva de vagas pode ser a reverberação dos percentuais mínimos nas demais fases dos concursos a partir da conjugação de critérios avaliativos que possam mitigar a desigualdade histórica das populações vulnerabilizadas.

4 Reverberação da ação afirmativa de reserva de vagas nas fases posteriores à da prova objetiva

Na linha da argumentação que se vem construindo, a pretensão de se ter a diferenciação entre candidatos cotistas e não cotistas quanto aos mecanismos de reserva mínima de vagas em todas as fases do certame, preservada a nota mínima exigida de todos, apresenta-se justa e proporcional, encontrando-se em perfeita consonância com os dispositivos legais aplicáveis à espécie, que gozam de presunção de constitucionalidade.

Com efeito, o *caput* do art. 2º do Decreto n. 9.508, de 24 de setembro de 2018, que serve de fundamento de validade ao art. 17 da Resolução CNMP n. 81, de 31 de janeiro de 2012, viabiliza a flexibilização pretendida nas fases posteriores à primeira fase (prova objetiva), como forma de dar efetividade à própria ação afirmativa de reserva de vagas, sempre observando o alcance da nota mínima de 50%, imposta, indistintamente, a todos candidatos:

Art. 2º Ressalvadas as disposições previstas em regulamento, a pessoa com deficiência participará de concurso público ou de processo seletivo de que trata a Lei nº 8.745, de 1993, em igualdade de condições com os demais candidatos no que diz respeito:

I - ao conteúdo das provas;

II - à avaliação e aos critérios de aprovação;

III - ao horário e ao local de aplicação das provas; e

IV - à nota mínima exigida para os demais candidatos. (Decreto n. 9.508, de 24.9.2018. Grifos nossos.)

Art. 17. A pessoa com deficiência participará de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne:

I - ao conteúdo das provas;

II - à avaliação e aos critérios de aprovação;

III - ao horário e ao local de aplicação das provas (observadas as disposições relativas à acessibilidade previstas no edital e pela legislação); (Redação dada pela Resolução nº 240, de 28 de setembro de 2021)

IV - à nota mínima exigida para todos os demais candidatos. (Resolução CNMP n. 81, de 31.1.2012. Grifos nossos.)

Também a ementa e o voto condutor do ministro Roberto Barroso, Relator na ADC 41, corrobora a possibilidade de flexibilização:

Ementa:

[...]

1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. *A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. [...]*

Antecipação ao Voto:

Esse era, Presidente, o capítulo que eu considerava verdadeiramente importante. Irei enfrentar os outros argumentos rapidamente e de passagem. *Quanto à violação ao concurso público, penso que é uma afirmação que não faz nenhum sentido, porque, para serem investidos nos cargos públicos, os negros têm que ser aprovados no concurso público. Se não passarem no patamar mínimo, eles não vão disputar aquelas vagas. Portanto, apenas se criaram dois critérios distintos de preenchimento de vagas, mas sem abrir mão do critério mínimo de suficiência. Portanto, aqui não há, evidentemente, violação ao princípio, ou ao mandamento ou à regra, do concurso público. Apenas foram previstas duas filias diversas em razão das reparações históricas a que me referia anteriormente. (Grifos nossos).*

[...]

Voto:

[...]

54. É, porém, questionável a ideia de que os concursos públicos sejam aptos a selecionar os candidatos que, na prática, se tornarão os servidores públicos mais eficientes e que permitirão que a Administração Pública alcance os melhores resultados na realização de suas funções. O que os concursos fazem é definir, entre todos os concorrentes, aqueles que detêm as habilidades e qualificações para exercer o cargo ou emprego, de acordo com a sua natureza e complexidade. É por isso que todos os concursos públicos definem notas de corte e requisitos mínimos para a classificação dos candidatos em cada etapa e para a sua aprovação ao final do certame. Presume-se, então, que todos os concorrentes que alcançarem a aprovação possuem as competências e habilidades necessárias para desempenhar, de forma adequada e eficiente, as funções relativas ao cargo em questão.

55. A partir desse momento, porém, a investidura daqueles candidatos que alcançaram a maior pontuação nas provas e títulos é apenas um método de distribuição de bens escassos (as vagas disponíveis), que não impede, ademais, a incorporação de outros critérios pela Administração. Nesse sentido, como aponta o IPEA⁵⁵, a administração já adota, para fins de definir a ordem de classificação no concurso, outros parâmetros alheios ao "mérito", como a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência (CF/1988, art. 37, VIII) e o emprego da idade dos candidatos como critério de desempate (Lei nº 10.741/2003, Estatuto do Idoso). Portanto, considerando-se que a ação afirmativa prevista na Lei nº 12.990/2014 não isentaria os seus beneficiários da aprovação no concurso público, não se pode afirmar, de modo algum, que os princípios do concurso público e da eficiência seriam violados.

Na mesma esteira, segue o voto da ministra Cármen Lúcia:

[...] A política de ação afirmativa instituída pela Lei n. 12.990/2014 não se afigura ofensiva a esses preceitos constitucionais. O diploma legal impugnado não dispensou os candidatos negros do preenchimento de quaisquer dos requisitos legais necessários para a investidura em cargos ou empregos públicos. Tampouco determinou que, quanto a eles, fosse mitigado algum dos critérios de avaliação nas provas às quais submetidos. Limitou-se a reservar porcentagem das vagas oferecidas em concursos federais aos candidatos pertencentes a esse grupo étnico-racial como forma de garantir sua inclusão no serviço público, a exemplo do que fez a Constituição da República com as pessoas com deficiência (art. 37, inc. VIII). (Grifos nossos).

Ora, o critério distintivo quanto à nota mínima entre candidatos cotistas e da ampla concorrência é imanente à própria sistemática da reserva

de vagas e vem sendo aplicado, há tempos, sem contestação nas primeiras fases dos concursos.^[5] Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal já assentou a constitucionalidade da cláusula de barreira (nota de corte) e da sua inaplicabilidade aos beneficiários das reservas de vagas.

Essa sistemática, essencial para a efetividade da ação afirmativa de reserva de vagas, não pode ficar adstrita à primeira fase, porque

a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) *os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos*; (ii) *a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura)*; (iii) *os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas*; e (iv) *a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.*^[6]

A reforçar o mérito e a densidade da argumentação jurídica a favor da flexibilização dos critérios avaliativos também nas demais fases dos concursos, é necessário registrar que a Administração Pública deve obediência ao princípio da legalidade estrita (CF, art. 37, *caput*), significando que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 1990, p. 82).

Nessa esteira, cabe ao administrador público, na interpretação do arcabouço jurídico, buscar a solução jurídica mais apta ao preenchimento das vagas reservadas, as quais têm assento constitucional e derivam do princípio da isonomia.

No mesmo diapasão, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), na Resolução n. 170/2017, determina que, além da reserva de vagas, os órgãos do MP podem instituir outros mecanismos de ação afirmativa com o objetivo de garantir o acesso de negros a cargos do Ministério Público, inclusive de ingresso na carreira de membro, bem como no preenchimento de cargos em comissão, funções comissionadas e vagas para estágio (art. 2º, *caput*).

Também nessa mesma linha, a Recomendação CNMP n. 41/2016, ao definir parâmetros para atuação dos membros do Ministério Público brasileiro para a correta implementação da política de cotas étnico-raciais em vestibulares e em concursos públicos, reconhece, nos considerandos,

[...] que a Constituição brasileira adotou concepção de complementaridade entre igualdade formal e igualdade material *que permite tratamento legitimamente diferenciado a determinados coletivos, com vistas a ilidir desigualdades socialmente construídas das quais resultam restrições no acesso a bens essenciais e a direitos fundamentais;*

[...] que o Estado brasileiro é signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial – aprovada pela Resolução 2106 (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 21 de dezembro de 1965 – que tem como diretrizes o combate à discriminação racial, em todas as suas formas e manifestações, e a promoção da efetiva igualdade de todas as pessoas, prevendo, para tanto, a adoção pelos Estados Partes de medidas especiais e concretas para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos;

[...] que, tendo assinado a Declaração de Durban – adotada em 31 de agosto de 2001, em Durban (África do Sul), durante a III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata –, o Estado brasileiro reconhece que os afrodescendentes *“enfrentam barreiras como resultado de preconceitos e discriminações sociais predominantes em instituições públicas e privadas” e que “a igualdade de oportunidades real para todos, em todas as esferas, incluindo a do desenvolvimento, é fundamental para a erradicação do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata”;*

[...] que, no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o Brasil assinou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas conexas de Intolerância, a qual possui, entre os seus objetivos centrais, a promoção de condições equitativas de igualdade de oportunidades e o combate à discriminação racial, em todas as suas manifestações individuais, estruturais e institucionais;

[...] que se iniciou a Década Internacional dos Afrodescendentes, proposta pela Organização das Nações Unidas (ONU), cuja proposta é reconhecer a desigualdade e a discriminação étnico-racial; promover a justiça, através de medidas especiais; e desenvolver a comunidade afrodescendente em seus aspectos econômicos e sociais;

[...] que a Lei nº 12.288/2010 – que institui o Estatuto da Igualdade Racial em âmbito nacional –, no seu art. 39, visa à *igualdade de oportunidades para a população negra também no serviço público*; [...].

A propósito, vale lembrar ainda os exemplos de outras instituições que já adotam mecanismos diferenciados não só na primeira fase, com exclusão da nota de corte para os candidatos cotistas, como é o caso da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, que instituiu em seu regulamento critérios avaliativos distintos em prol da reserva de vagas, para habilitação em cada fase, desde que alcançadas as notas mínimas aplicáveis a todos os candidatos, cotistas ou não (art. 26, §§ 2º e 4º, art. 27, parágrafo único, art. 29, § 4º, art. 30, parágrafo único, art. 36, § 3º, e art. 37, parágrafo único).^[7]

O Programa de Pós-Graduação da Universidade de Brasília (UnB) é ainda mais explícito ao prever nota mínima diferenciada, a menor, para candidatos cotistas.^[8]

É imperioso ressaltar que, embora os dispositivos do Decreto n. 9.508, de 24 de setembro de 2018, e da Resolução CNMP n. 81, de 31 de janeiro de 2012, digam respeito à ação afirmativa atinente à reserva de vagas para pessoas com deficiência, a disciplina deve aplicar-se também à ação afirmativa concernente às pessoas negras, quilombolas e indígenas, tendo em vista o mesmíssimo substrato constitucional de repressão às desigualdades e de promoção da isonomia, bem desenvolvidos na ADPF 186 e na ADC 41 pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, tal qual se verifica em relação aos candidatos cotistas que superam a nota mínima de 50% instituída na primeira fase do certame (prova objetiva), não se submetendo à nota de corte e, portanto, avançando no certame com pontuações distintas dos candidatos da ampla concorrência, a ação afirmativa deve reverberar também nas fases posteriores, de modo a viabilizar a avaliação das provas discursiva e prática para todos os candidatos cotistas, desde que alcançada, de maneira global e pela média, a nota mínima de 50%, a todos imposta. Com isso, na linha da tese assentada pelo STF na ADC 41, assegura-se a reserva de vagas nas fases seguintes em cada lista de cotistas considerados em separado.

Essa arquitetura jurídica milita em favor da superação da constatação empírica de que o desiderato da norma constitucional de buscar

a igualdade material a partir da reserva temporária de vagas não tem sido alcançado, quadro atual que acaba por retirar, repita-se, densidade, força e efetividade do comando constitucional, a resultar, no limite, na própria inconstitucionalidade da situação verificada faticamente.

Isso parece ser possível com a alteração da sistemática de avaliação para estabelecer a nova disciplina de considerar a nota mínima pela média da prova discursiva e prática, bem como das matérias do exame oral, tudo em prol da maior efetividade da ação afirmativa de reserva de vagas.

Com isso, preserva-se a legislação de regência, mantendo-se a igualdade entre todos os candidatos no que concerne à avaliação, aos critérios de aprovação e à nota mínima exigida, mas também se atende ao problema formulado pelo Coletivo Tecendo Diversidade e pelo Enunciado n. 11 multicitado quanto à dificuldade de os candidatos cotistas, no formato vigente, avançarem nas fases subsequentes à primeira, situação que está, na atual quadra, anulando a própria ação afirmativa de reserva de vagas.

Pretende-se que a intervenção, na prática, resulte na maior efetividade da ação afirmativa da reserva de vagas, com a vantagem competitiva em favor dos candidatos cotistas não apenas na primeira fase (prova objetiva), mas também nas demais, em decorrência da reverberação da reserva de vagas em todas as fases (provas discursiva, prática e oral), como a não eliminação de candidatos cotistas pela cláusula de barreira (nota de corte), a existência de listas especiais de resultado do concurso para candidatos cotistas e a nomeação dos candidatos aprovados com observância dos critérios de alternância e de proporcionalidade, parâmetros já considerados constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 41, cuja ementa do acórdão foi transcrita acima.

A partir dessa fundamentação, como forma de induzir a efetividade da ação afirmativa de reserva de vagas e de favorecer os candidatos dela beneficiários, propõe-se a alteração da sistemática avaliativa para instituir que estes serão classificados com a nota mínima de 50%:

- I. nas provas discursiva e prática, considerada a média da soma de ambas as provas, desde que não obtenham nota inferior a 40% em nenhuma delas;

- II. na prova oral, considerada a média da soma de todas as matérias, desde que não obtenham nota inferior a 40% em nenhuma delas.

A regra constante do item I atende ao pleito de se possibilitar a avaliação globalizada de conhecimentos das provas discursiva e prática, que são complementares, assegurando a reserva de vagas nas demais fases do concurso.

De igual forma, o item II contempla a avaliação em conjunto de todas as matérias objeto da arguição oral, permitindo à banca examinadora avaliar, de maneira abrangente, o conhecimento e a performance do candidato.

Por fim, é ainda necessário ressaltar que a seleção para as magistraturas envolve concurso complexo, difícil, demorado, englobante de diversas áreas do conhecimento jurídico, estruturado em várias fases que requerem preparação e estratégias de estudo distintas, a revelar que o próprio iter do processo seletivo acaba por converter-se numa preparação para o exercício do cargo.

De outro lado, a própria Constituição da República reconhece que, mesmo logrando êxito no certame e tendo, no mínimo, três anos de experiência jurídica após o bacharelato em direito, o candidato aprovado no concurso de juiz ou de membro do Ministério Público ainda não está totalmente preparado para o exercício da função, uma vez que torna obrigatória, como etapa do processo de vitaliciamento, a participação em cursos oficiais de preparação, de formação e de aperfeiçoamento (CF, art. 93, IV, e 129, § 4º).

Dessa forma, é compulsória a participação dos juízes e dos membros do Ministério Público nos chamados cursos de ingresso e de vitaliciamento, mediante os quais serão submetidos à formação inicial específica para o exercício da função, ao acompanhamento sistematizado das atividades exercidas (inclusive pela Corregedoria), a mentorias orientativas de matérias especializadas. Tal procedimento permite identificar e sanar eventuais deficiências, otimizando o exercício da prestação jurisdicional e da atividade ministerial.

Esse acompanhamento minucioso, estruturado e sistematizado perdura por todo o estágio probatório, tempo durante o qual o vitaliciando,

não se demonstrando capaz ou não se adaptando às atividades, poderá ser desligado do Poder Público, sem maiores dificuldades.

Todo esse sistema de avaliação, de preparação, de formação e de acompanhamento, aliado à experiência exitosa da ação afirmativa de reserva de vagas nas universidades públicas – sobre a qual vários estudos já desmistificaram a ideia preconcebida de que os estudantes que ingressam pelo Sistema de Reserva de Vagas necessariamente obtêm resultados inferiores àqueles que ingressaram pelo Sistema Universal (e.g., GALHARDO, 2020) –, transmite a segurança de que as vantagens competitivas sugeridas neste artigo não representam qualquer risco à seleção de candidatos aptos ao exercício das magistraturas, ao mesmo tempo que induzem a efetividade da política pública de ação afirmativa atinente à reserva de vagas.

5 Conclusões

A despeito da reserva de vagas para populações vulnerabilizadas, dados empíricos demonstram que a atual sistemática de avaliação não tem permitido o acesso das candidatas e dos candidatos cotistas à carreira do Ministério Público do Trabalho e de magistraturas afins, não se alcançando, nem de longe, o percentual mínimo definido em lei, como forma de dar cumprimento, de modo completo e efetivo, ao princípio da isonomia previsto na Constituição da República.

Nesse contexto, é imperativo repensar o atual mecanismo de reserva de vagas, com o intuito de reverter a constatação empírica de que o desiderato da norma constitucional de buscar a igualdade material a partir da reserva temporária de vagas não tem sido alcançado, quadro atual que acaba por retirar densidade, força e efetividade do comando constitucional, a resultar, no limite, na própria inconstitucionalidade da situação verificada faticamente.

Uma tentativa válida para superar esse quadro de inoperância da ação afirmativa de reserva de vagas pode ser a reverberação dos percentuais mínimos nas demais fases dos concursos, a partir da conjugação de critérios avaliativos que possam mitigar a desigualdade histórica das populações vulnerabilizadas.

Nesse contexto, a pretensão de se ter a diferenciação entre candidatos cotistas e não cotistas quanto aos mecanismos de reserva mínima de vagas em todas as fases do certame, preservada a nota mínima exigida de todos, apresenta-se justa e proporcional, encontrando-se em perfeita consonância com os dispositivos legais aplicáveis à espécie, que gozam de presunção de constitucionalidade.

Com efeito, o *caput* do art. 2º do Decreto n. 9.508, de 24 de setembro de 2018, que serve de fundamento de validade ao art. 17 da Resolução CNMP n. 81, de 31 de janeiro de 2012, viabiliza a flexibilização pretendida nas fases posteriores à primeira fase (prova objetiva), como forma de dar efetividade à própria ação afirmativa de reserva de vagas, sempre observando o alcance da nota mínima de 50%, imposta, indistintamente, a todos candidatos.

Ora, o critério distintivo quanto à nota mínima entre candidatos cotistas e da ampla concorrência é imanente à própria sistemática da reserva de vagas e vem sendo aplicado, há tempos, sem contestação nas primeiras fases dos concursos. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal já assentou a constitucionalidade da cláusula de barreira (nota de corte) e da sua inaplicabilidade aos beneficiários das reservas de vagas.

Essa sistemática, essencial para a efetividade da ação afirmativa de reserva de vagas, não pode ficar adstrita à primeira fase, porque

a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) *os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos*; (ii) *a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura)*; (iii) *os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas*; e (iv) *a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.*^[9]

Nessa esteira, cabe ao administrador público, na interpretação do arcabouço jurídico, buscar a solução jurídica mais apta ao preenchimento das vagas reservadas, as quais tem assento constitucional e derivam do princípio da isonomia.

No mesmo diapasão, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), na Resolução n. 170/2017, determina que, além da reserva de vagas, os órgãos do MP podem instituir outros mecanismos de ação afirmativa com o objetivo de garantir o acesso de negros a cargos do Ministério Público, inclusive de ingresso na carreira de membro, bem como no preenchimento de cargos em comissão, funções comissionadas e vagas para estágio (art. 2º, *caput*).

Também nessa mesma linha, a Recomendação CNMP n. 41/2016, ao definir parâmetros para atuação dos membros do Ministério Público brasileiro para a correta implementação da política de cotas étnico-raciais em vestibulares e em concursos públicos, reconhece, nos considerandos,

[...] que a Constituição brasileira adotou uma concepção de complementaridade entre igualdade formal e igualdade material, que permite tratamento legitimamente diferenciado a determinados coletivos, com vistas a ilidir desigualdades socialmente construídas das quais resultam restrições no acesso a bens essenciais e direitos fundamentais;

[...] que o Estado brasileiro é signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial – aprovada pela Resolução 2106 (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 21 de dezembro de 1965 – que tem como diretrizes o combate à discriminação racial, em todas as suas formas e manifestações, e a promoção da efetiva igualdade de todas as pessoas, prevendo, para tanto, a adoção pelos Estados Partes de medidas especiais e concretas para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos;

[...] que, tendo assinado a Declaração de Durban – adotada em 31 de agosto de 2001, em Durban (África do Sul), durante a III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata –, o Estado brasileiro reconhece que os afrodescendentes “enfrentam barreiras como resultado de preconceitos e discriminações sociais predominantes em instituições públicas e privadas” e que “a igualdade de oportunidades real para todos, em todas as esferas, incluindo a do desenvolvimento, é fundamental para a erradicação do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata”;

[...] que, no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o Brasil assinou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas conexas de Intolerância que

possui, entre os seus objetivos centrais, a promoção de condições equitativas de igualdade de oportunidades e o combate à discriminação racial, em todas as suas manifestações individuais, estruturais e institucionais;

[...] que se iniciou a Década Internacional dos Afrodescendentes, proposta pela Organização das Nações Unidas (ONU), cuja proposta é reconhecer a desigualdade e a discriminação étnico-racial; promover a justiça, através de medidas especiais; e desenvolver a comunidade afrodescendente em seus aspectos econômicos e sociais;

[...] que a Lei nº. 12.288/2010 – que institui o Estatuto da Igualdade Racial em âmbito nacional –, no seu art. 39, visa à igualdade de oportunidades para a população negra também no serviço público; [...].

Nesse contexto, tal qual se verifica em relação aos candidatos cotistas que superaram a nota mínima de 50% instituída na primeira fase do certame (prova objetiva), não se submetendo à nota de corte e, portanto, avançando no certame com pontuações distintas dos candidatos da ampla concorrência, a ação afirmativa deve reverberar também nas fases posteriores, de modo a viabilizar a avaliação das provas discursiva e prática para todos os candidatos cotistas, desde que alcançada, de maneira global e pela média, a nota mínima de 50%, a todos imposta. Com isso, na linha da tese assentada pelo STF na ADC 41, assegura-se a reserva de vagas nas fases seguintes em cada lista de cotistas considerados em separado.

Isso parece ser possível com a alteração da sistemática de avaliação para estabelecer a nova disciplina de considerar a nota mínima pela média da prova discursiva e prática, bem como das matérias do exame oral, tudo em prol da maior efetividade da ação afirmativa de reserva de vagas.

Com isso, preserva-se a legislação de regência, mantendo-se a igualdade entre todos os candidatos no que concerne à avaliação, aos critérios de aprovação e à nota mínima exigida, mas também se atende ao problema formulado pelo Coletivo Tecendo Diversidade e pelo Enunciado n. 11 multicitado quanto à dificuldade de os candidatos cotistas, no formato vigente, avançarem nas fases subsequentes à primeira, situação que está, na atual quadra, anulando a própria ação afirmativa de reserva de vagas.

Pretende-se que a intervenção, na prática, resulte na maior efetividade da ação afirmativa da reserva de vagas, com a vantagem competitiva em favor dos candidatos cotistas não apenas na primeira fase (prova objetiva), mas também nas demais, em decorrência da reverberação da reserva de vagas em todas as fases (provas discursiva, prática e oral), como a não eliminação de candidatos cotistas pela cláusula de barreira (nota de corte), como a existência de listas especiais de resultado do concurso para candidatos cotistas e como a nomeação dos candidatos aprovados com observância dos critérios de alternância e de proporcionalidade, já considerados constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 41, cuja ementa do acórdão foi transcrita acima.

A partir dessa fundamentação, como forma de induzir a efetividade da ação afirmativa de reserva de vagas e de favorecer os candidatos dela beneficiários, propõe-se a alteração da sistemática avaliativa para instituir que estes serão classificados com a nota mínima de 50%:

- I. nas provas discursiva e prática, considerada a média da soma de ambas as provas, desde que não obtenham nota inferior a 40% em nenhuma delas;
- II. na prova oral, considerada a média da soma de todas as matérias, desde que não obtenham nota inferior a 40% em nenhuma delas.

A regra constante do item I atende ao pleito de se possibilitar a avaliação globalizada de conhecimentos das provas discursiva e prática, que são complementares, assegurando a reserva de vagas nas demais fases do concurso.

De igual forma, o item II contempla a avaliação em conjunto de todas as matérias objeto da arguição oral, permitindo à banca examinadora avaliar, de maneira abrangente, o conhecimento e a performance do candidato.

Por fim, é ainda necessário ressaltar que a seleção para as magistraturas envolve concurso complexo, difícil, demorado, englobante de diversas áreas do conhecimento jurídico, estruturado em várias fases que requerem preparação e estratégias de estudo distintas, a revelar que o próprio iter do processo seletivo acaba por converter-se numa preparação para o exercício do cargo.

De outro lado, a própria Constituição da República reconhece que, mesmo logrando êxito no certame e tendo, no mínimo, três anos de experiência jurídica após o bacharelato em direito, o candidato aprovado no concurso de juiz ou de membro do Ministério Público ainda não está, totalmente, preparado para o exercício da função, uma vez que torna obrigatória, como etapa do processo de vitaliciamento, a participação em cursos oficiais de preparação, de formação e de aperfeiçoamento (CF, art. 93, IV, e 129, § 4º).

Dessa forma, é compulsória a participação dos juizes e dos membros do Ministério Público nos chamados cursos de ingresso e de vitaliciamento, mediante os quais serão submetidos à formação inicial específica para o exercício da função, ao acompanhamento sistematizado das atividades exercidas (inclusive pela Corregedoria), a mentorias orientativas de matérias especializadas. Tal procedimento permite identificar e sanar eventuais deficiências, otimizando o exercício da prestação jurisdicional e da atividade ministerial.

Esse acompanhamento minucioso, estruturado e sistematizado perdura por todo o estágio probatório, tempo durante o qual o vitaliciando, não se demonstrando capaz ou não se adaptando às atividades, poderá ser desligado do Poder Público, sem maiores dificuldades.

Todo esse sistema de avaliação, de preparação, de formação e de acompanhamento, aliado à experiência exitosa da ação afirmativa de reserva de vagas nas universidades públicas – sobre a qual vários estudos já desmistificaram a ideia preconcebida de que os estudantes que ingressam pelo Sistema de Reserva de Vagas necessariamente obtêm resultados inferiores àqueles que ingressaram pelo Sistema Universal –, transmitem a segurança de que as vantagens competitivas sugeridas neste artigo não representam qualquer risco à seleção de candidatos aptos ao exercício das Magistraturas, ao mesmo tempo que induzem a efetividade da política pública de ação afirmativa atinente à reserva de vagas.

Referências

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Obama, as cotas e o CNJ: questão racial não está bem resolvida na magistratura. **Consultor**

Jurídico, São Paulo, 24 jan. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jan-24/cnj-nao-vista-grossa-problema-racial-judiciario#author>. Acesso em: 29 mar. 2022.

DANTAS, Magali Zilca de Oliveira. **O sistema de cotas para negros nos concursos à magistratura**: um estudo sobre os resultados na Justiça Federal 2016-2019. 2020. Dissertação (Mestrado em Governança e Desenvolvimento) – Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5605/1/Magali%20Dantas%20-Vers%C3%A3o%20Final%20com%20Ficha.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2022.

GALHARDO, Eduardo *et al.* Desempenho acadêmico e frequência dos estudantes ingressantes pelo Programa de Inclusão da UNESP. **Avaliação**: Revista da Avaliação da Educação Superior (Campinas). Publicação da Rede de Avaliação Institucional da Educação Superior (RAIES), da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) e da Universidade de Sorocaba (UNISO), v. 25, n. 3, p. 701-723, 2020. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/212894>. Acesso em: 11 out. 2022.

JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. **Desigualdades raciais no Brasil**: um balanço da intervenção governamental. Brasília: Ipea, 2002. Disponível em: <https://files.ufgd.edu.br/arquivos/arquivos/78/NEAB/div03.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2022.

LASSWELL, H. D. The policy orientation. In: LERNER, D.; LASSWELL, H. D. (org.). **The policy sciences**. Stanford, CA: Stanford University Press, 1951. p. 3-15.

LOTTA, Gabriela. A política pública como ela é: contribuições dos estudos sobre implementação para a análise de políticas públicas. In: LOTTA, Gabriela (org.). **Teorias e análises sobre implementação de políticas públicas no Brasil**. Brasília: Enap, 2019. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4162/1/Livro_Teorias%20e%20An%C3%A1lises%20sobre%20Implementa%C3%A7%C3%A3o%20de%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas%20no%20Brasil.pdf. Acesso em: 29 mar. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MPT – MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Manual de boas práticas para promoção de igualdade de gênero**. [S. l.]: MPT, 2019. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/manuais/manual-de->

boas-praticas-para-a-promocao-de-igualdade-de-genero/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 20 fev. 2022. [Online].

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos. In: SANTOS, Sales Augusto dos (org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação; UNESCO, 2005. p. 35-46. (Coleção Educação para Todos).

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Notas

- [1] Disponível em: <https://transformamp.com/informe-do-coletivo-tecendo-diversidade/>. Acesso em: 2 dez. 2022.
- [2] Documento constante do Procedimento de Gestão Administrativa (PGEA) n. 20.02.0001.0001109/2022-33.
- [3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26.4.2012, **DJe** n. 205, divulg. 17.10.2014, public. 20 out. 2014.
- [4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 41. Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 8.6.2017, **DJe** n. 180, divulg. 16.8.2017, public. 17 ago. 2017. Grifos nossos.
- [5] *E.g.*, candidatos da ampla concorrência submeteram-se à nota de corte de 70 e 58, respectivamente, nos XX e XXI concursos, para se classificarem para a segunda fase, enquanto todos os candidatos cotistas se classificaram com a nota de 50.
- [6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 41. Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 8.6.2017, **DJe** n. 180, divulg. 16.8.2017, public. 17 ago. 2017. Grifos nossos.
- [7] ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. **Resolução CSDPE n. 4, de 25 de setembro de 2020**. Aprova o Regulamento do VI Concurso para Ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 29 set. 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/202011/12153900-resolucao-csdpe-n-04-2020-regulamento-do-vi-concurso-defensores-consolidado.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2022.
- [8] UNB – UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Edital do Programa de Pós-Graduação em Direito n. 6/2021**. Brasília: Universidade de Brasília, 1º dez. 2021. Disponível em: http://ppgd.unb.br/images/Processo_Seletivo/PS_2022/Edital_006_2021_Processo_Seletivo-2022.final.pdf. Acesso em: 9 fev. 2022.
- [9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 41. Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 8.6.2017, **DJe** n. 180, divulg. 16.8.2017, public. 17 ago. 2017. Grifos nossos.

A complexidade do ICMS e as alternativas para a taxaço do consumo no Brasil

Vanessa Carra

Técnica do MPU – Administração. Especialista em Contabilidade e Controladoria pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduada em Direito pela Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul (FADERGS). Graduada em Administração de Empresas pela Universidade de Caxias do Sul (UCS).

Resumo: O ICMS é o imposto que mais arrecada no Brasil. Foi instituído como um imposto sobre vendas, de competência estadual, sendo, atualmente um dos impostos mais complexos e com a legislação mais extensa. Ainda, a legislação brasileira trouxe para o sistema tributário nacional o instituto da substituição tributária que, segundo a doutrina, é classificada como substituição tributária progressiva, regressiva ou concomitante. Tem-se que o instituto da substituição tributária progressiva já foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Entretanto as discussões acerca da substituição tributária progressiva mantiveram-se no tocante à possibilidade de restituição dos valores de ICMS recolhidos quando o fato gerador ocorrer em valor menor do que o fato gerador presumido. Destacam-se, ainda, a guerra fiscal dos estados e a diminuição na arrecadação do ICMS, sendo necessário alterar a forma de taxar o consumo no Brasil, utilizando-se de um imposto único, já utilizado na maioria dos países, o IVA.

Palavras-chave: impostos sobre o consumo; ICMS; federalismo; IVA.

Sumário: 1 Introdução. 2 Breve histórico do imposto sobre o consumo no Brasil. 3 A substituição tributária. 3.1 O Supremo Tribunal Federal e a restituição do ICMS no sistema de substituição tributária progressiva. 3.2 A substituição tributária e a obsolescência do ICMS. 4 O Imposto sobre o Valor Agregado (IVA). 5 Conclusões.

1 Introdução

Os impostos sobre o consumo, no Brasil, dividem-se em três, sendo cada um de competência de um ente da federação específico: o Imposto

sobre Produtos Industrializados (IPI), que não gera muitos problemas, tendo em vista a competência da União para a sua instituição; o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), cuja competência para instituição é dos estados e do Distrito Federal, sendo um dos impostos que mais arrecada no Brasil e também um dos mais complexos do sistema tributário brasileiro e com legislação mais extensa; e, por fim, o Imposto sobre Serviços (ISS), de competência dos municípios, que incide sobre a prestação de serviços de qualquer natureza, excluídos os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Por sua vez, a legislação brasileira instituiu a figura do contribuinte e a do responsável tributário pela obrigação de pagar os tributos, consoante o Código Tributário Nacional (CTN). Ainda, conforme o CTN, o responsável pela obrigação tributária pode se revestir da qualidade de substituto tributário.

Dessarte, de acordo com a doutrina, a substituição tributária pode ser progressiva ou "pra frente", regressiva ou "pra trás" ou concomitante.

Apesar de a substituição tributária já ter sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), seguiram-se as discussões acerca da questão da restituição do ICMS na sistemática da substituição tributária progressiva, e a jurisprudência foi modificando seu entendimento até que em 2016 o STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, prolatou decisão diversa daquela que vinha sendo adotada sobre o tema.

A mudança de entendimento da jurisprudência, por sua vez, tende a diminuir a arrecadação de ICMS dos estados, que já vem sofrendo uma perda progressiva, além da sua obsolescência. Ainda, destaca-se que as inúmeras guerras fiscais entre os estados da federação acabaram alterando o objetivo inicial no imposto, qual seja, a neutralidade, sendo necessário um estudo sobre as possíveis alternativas para a tributação sobre o consumo, como a instituição de um único imposto, como o Imposto sobre o Valor Agregado, o IVA.

2 Breve histórico do imposto sobre o consumo no Brasil

Um dos primeiros tributos sobre as vendas foi criado pela Lei n. 4.624, de 1922, o imposto sobre vendas mercantis. A Constituição de 1934, por sua vez, estendeu a aplicação do imposto aos produtores em geral, denominando-o de Imposto sobre Vendas e Consignações (IVC). Tratava-se de um imposto cumulativo, razão pela qual onerava demasiadamente o destinatário final (COÊLHO, 2018, p. 250).

A Emenda Constitucional n. 18/1965, na vigência da Constituição de 1946, introduziu no Brasil o princípio da não cumulatividade, criando o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias (ICM), que, como o próprio nome diz, incidia somente sobre a circulação de mercadorias. Houve, assim, a troca de um imposto cumulativo (o IVC) por um imposto não cumulativo (o ICM), com o objetivo de se pautar nos modelos dos impostos europeus sobre valores agregados ou acrescidos, incidentes sobre bens e serviços de expressão econômica, os IVAs (MATOS, 2011).

Ainda, no Brasil, foi criado um imposto sobre operações com produtos industrializados, o IPI, cuja competência foi atribuída à União, e um imposto para tributação dos serviços em geral, o Imposto sobre Serviços (ISS), tendo os municípios a competência para a sua instituição (VARSANO, 2014, p. 17).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 155, atribuiu aos estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICM, ampliando a sua base de cálculo, que passou a incluir, além da circulação de mercadorias, as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciassem no exterior, denominando-o de ICMS.

O art. 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, trouxe o princípio da não cumulatividade ao ICMS, determinando que deve ser compensado o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, pelo mesmo estado ou outro ou pelo Distrito Federal.

Tem-se que o princípio da não cumulatividade do ICMS evitou o efeito cascata do imposto, representando um grande avanço quando se fala

em política fiscal. Todavia, a quantidade de restrições impostas para o aproveitamento de seu crédito, decorrente da ausência de uma política fiscal uniforme, alterou imensamente seu caráter não cumulativo (VASCONCELLOS, 2013, p. 10).

Cabe ressaltar que há diferença nas alíquotas internas do ICMS dos estados, fixadas, geralmente em 17% ou 18%, no caso de circulação de mercadorias. Para alguns produtos, em virtude da essencialidade, são estabelecidas alíquotas menores. As alíquotas interestaduais, por sua vez, são estabelecidas por meio de Resolução do Senado Federal, em 7% ou 12%, dependendo da origem e do destino, e em 4% quando se trata de produtos importados (PAULSEN, 2020, p. 441).

Assim, o fato de não existir uma política uniforme em relação ao ICMS acirrou a guerra fiscal entre os estados, comprometendo sobremaneira também a sua característica de neutralidade, “um dos requisitos da livre concorrência” (SCAFF *apud* MIGUEL, 2013, p. 229).

A Emenda Constitucional n. 3/1993, por sua vez, incluiu o § 7º no art. 150 da Constituição Federal de 1988, trazendo a possibilidade de a lei atribuir ao sujeito passivo a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição para o fato gerador que ocorresse posteriormente, assegurando a restituição no caso de não se realizar o fato gerador presumido, instituto denominado de substituição tributária progressiva ou substituição “pra frente”, quando se antecipa o tributo (COELHO, 2018, p. 254).

Deve-se ponderar que, atualmente, o ICMS é o principal tributo sobre o consumo existente no Brasil. Todavia, apresenta algumas deficiências, como as inúmeras isenções fiscais concedidas pelos estados ao mesmo tempo em que estes buscavam aumentar as receitas, utilizando medidas para facilitar a cobrança do imposto no curto prazo, prejudicando, assim, a sua eficiência como tributo sobre o consumo, diferentemente do Imposto sobre o Valor Adicionado (IVA), utilizado em mais de 150 países (VARSAÑO, 2014, p. 5).

Dessarte, tem-se que o ICMS é um dos impostos mais complexos do sistema tributário brasileiro e com a legislação mais extensa (PAULSEN, 2020, p. 426).

3 A substituição tributária

O Código Tributário Nacional (CTN) trata do tema substituição tributária como responsabilidade tributária, tendo em vista sua criação ser anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, e, conforme dispõe seu art. 128, a lei pode atribuir a responsabilidade tributária a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador.

De acordo com o CTN, o responsável legal pela obrigação de pagar pode ser o contribuinte ou o responsável, sendo que o contribuinte é aquele que tem relação direta com a situação que constitui o fato gerador, enquanto o responsável é aquele a quem a lei determina a obrigação de pagar, sem, contudo, revestir-se da qualidade de contribuinte, ou seja, não tem relação direta com o fato gerador. Ainda, o responsável pelo pagamento do tributo pode revestir-se da qualidade de substituto tributário (ROCHA, 2007, p. 338).

Todavia, segundo a doutrina majoritária,

ainda que a responsabilidade pelo pagamento seja atribuída ao substituto, o substituído continua a integrar a relação obrigacional, figurando no polo passivo ao lado daquele, e, por força disso, pode ser chamado a cumprir a obrigação em caráter subsidiário. (CAPARROZ, 2019, p. 522).

Outrossim, dois critérios são utilizados pela doutrina para classificar a substituição tributária, quais sejam, a posição do responsável na cadeia econômica, se anterior ou posterior ao contribuinte, e o momento da retenção relativamente à ocorrência do fato gerador, se anterior, posterior ou concomitante (PAULSEN, 2020, p. 173).

Ainda, de acordo com a classificação doutrinária, a substituição tributária pode ser denominada como substituição "pra frente" ou progressiva, substituição "pra trás" ou regressiva e concomitante (CARRAZZA *apud* VECCHIATO, 2015).

A substituição tributária "pra frente" ou progressiva encontra respaldo no § 7º do art. 150 da Constituição Federal de 1998. Trata-se da antecipação do tributo, utilizando-se de um fato gerador presumido para o seu cálculo e, caso este não se realize, haverá restituição do valor do tributo pago (ROCHA, 2007, p. 338).

Pode-se utilizar como exemplo uma refinaria que será a responsável pelo pagamento do tributo dos revendedores, distribuidores e varejistas, acrescentando ao suposto preço de venda o valor do tributo que será devido por estes em razão de suas operações futuras, cabendo a restituição no caso da não ocorrência do fato gerador (COELHO, 2018, p. 255).

Na substituição tributária “pra trás” ou regressiva, o pagamento do tributo ocorre no fim da cadeia produtiva. Pode-se citar como exemplo um frigorífico que, ao realizar a compra de animais de diversos produtores, será o responsável pelo pagamento do tributo dos produtores e abaterá o valor pago pelo imposto na condição de responsável do valor que pagará pelos animais aos produtores (COELHO, 2018, p. 255).

Na substituição concomitante, por sua vez, a responsabilidade pelo pagamento do tributo é atribuída a outro sujeito, e não àquele que realiza diretamente o fato gerador *in concreto*. Tem-se como exemplo o serviço de transportes realizado por autônomos, caso em que o responsável pelo pagamento do tributo não é o sujeito que está realizando o transporte, mas o tomador do serviço (CARRAZZA *apud* VECCHIATO, 2015).

Dessarte, o principal objetivo da substituição tributária é evitar a sonegação e facilitar a arrecadação e a fiscalização dos tributos plurifásicos, ou seja, aqueles que incidem várias vezes durante a cadeia de circulação de mercadorias ou serviços, como o ICMS (LUCCI, 2013).

Sabe-se que o § 7º do art. 150 da Constituição Federal e o art. 10º da Lei Complementar n. 87/1996, Lei Kandir, asseguram a restituição do ICMS caso o fato gerador presumido para o seu cálculo não aconteça, não havendo previsão legal para restituição quando o fato gerador for menor do que o presumido ou para a complementação no caso de o fato gerador ser maior que o presumido.

Entretanto, essas questões vêm sendo debatidas judicialmente ao longo dos anos. Muitas empresas ingressaram com ações judiciais a fim de obter a restituição dos valores de ICMS recolhidos em valor superior ao efetivamente devido.

3.1 O Supremo Tribunal Federal e a restituição do ICMS no sistema de substituição tributária progressiva

Tem-se que foi firmado o Convênio ICMS n. 13/1997, no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), pelos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Sergipe, Tocantins e também o Distrito Federal, a fim de harmonizar o procedimento para aplicação do § 7º do art. 150 da Constituição Federal de 1988 e do art. 10 da Lei Kandir, que dispõem acerca da substituição tributária progressiva.

O citado convênio, firmado pela maioria dos estados, decidiu que não deveria existir nenhum tipo de ajuste do ICMS na sistemática da substituição tributária progressiva, ou seja, nem restituição por parte do estado nem complementação por parte do contribuinte quando a base de cálculo efetiva fosse diferente da base de cálculo presumida. Todavia, conforme se verifica, os Estados de Santa Catarina, Paraná, São Paulo e Pernambuco não aderiram ao convênio (ALEXANDRE, 2020, p. 401).

Por sua vez, a Confederação Nacional do Comércio (CNC) ajuizou, em 1998, uma ação direta de inconstitucionalidade, a ADI 1.851/AL, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), tendo como um dos seus questionamentos a Cláusula Segunda do Convênio ICMS n. 13/1997, que estabelece não caber restituição ou cobrança complementar do ICMS quando o valor do fato gerador apurado, na substituição tributária progressiva, for diferente do valor estabelecido como fato gerador presumido.

O STF, em 2002, com relatoria do então ministro Ilmar Galvão, julgou a referida ADI, declarando, por maioria dos votos, a constitucionalidade da Cláusula Segunda do convênio, confirmando, dessa forma, o caráter definitivo e não provisório do fato gerador presumido, conforme se demonstra no excerto extraído da decisão:

O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final.

Ainda, o STF afirmou, em sua decisão, que a substituição tributária progressiva do Convênio ICMS n. 13/1997 seria facultativa aos estados signatários desse convênio, constituindo-se em benefício fiscal.

Para os Estados de São Paulo e de Pernambuco, por sua vez, que não optaram pela adesão ao referido convênio, a utilização da sistemática da substituição tributária progressiva seria obrigatória, devendo, portanto, continuarem com a efetivação dos ajustes, quer fosse a concessão de restituição, quer fosse a cobrança suplementar. Deste modo, os governadores dos respectivos estados ajuizaram, em 2002, perante o STF, ações diretas de inconstitucionalidade a fim de questionar as suas leis internas, que determinavam a restituição e (ou) complementação do ICMS nos casos de substituição tributária (ALEXANDRE, 2020, p. 402).

Logo, o Estado de São Paulo ajuizou a ADI n. 2.777/SP contra o art. 66-B, inciso II, da Lei Estadual n. 6.374/1989, redação dada pelo art. 3º da Lei Estadual n. 9.176/1995, e o Estado de Pernambuco a ADI n. 2.675/PE contra o art. 19, II, da Lei Estadual n. 11.408/1996.

Cabe ressaltar que, após a decisão do ano de 2002 do STF, as Fazendas Públicas estaduais aumentaram demasiadamente as hipóteses de substituição tributária para frente e poucas mercadorias continuaram sujeitas à arrecadação tradicional, qual seja, o sistema de débitos e créditos em cada operação até o consumidor final. Dessa forma, “o ICMS, em pouco tempo, nenhum parentesco guardará com o tributo plurifásico e não cumulativo, que lhe deu origem, ou com o IVA europeu” (BALEEIRO; DERZI, 2018, p. 81).

Em 2016, o STF julgou improcedentes os pedidos das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pelos Estados de São Paulo, cujo relator foi o ministro Cezar Peluso, e de Pernambuco, com relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, declarando a compatibilidade dos arts. questionados com o § 7º do art. 150 da Constituição Federal de 1988, modificando o entendimento vigente até então. Assim, estabeleceu o STF que a ficção jurídica criada para simplificar as atividades dos estados, no que diz respeito a arrecadação e fiscalização, não poderia se sobrepor à realidade (ALEXANDRE, 2020, p. 403).

Ainda, firmando a sua jurisprudência, o STF, em 2016, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 593.849/MG (relator: ministro Edson

Fachin), interposto pela empresa Parati Petróleo Ltda., com reconhecimento de repercussão geral, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que julgou improcedente o pedido de restituição ou complementação quando apurada diferença entre a base de cálculo presumida e a base de cálculo do real valor, decidiu pela procedência do recurso extraordinário, garantindo, assim, a restituição do ICMS no caso de a base de cálculo efetiva ser menor que a presumida, consoante art. 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988.

Tem-se, então, a partir do novo entendimento do STF, que será devida a restituição do ICMS pelos estados quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida, obedecendo assim ao princípio constitucional que impede a instituição de tributo com efeito de confisco (CARRAZZA *apud* VECCHIATO, 2015). Da mesma forma, aplicando-se a simetria, e em respeito ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa, quando a base de cálculo efetiva for maior que a presumida, deverá haver a complementação do valor do ICMS a pagar ao Estado (WAGNER; KIELBOVIC, 2019).

Assim, em 2016, a partir do julgamento da ADI n. 2.657, da ADI 2.777 e do Recurso Extraordinário n. 593.849/MG, houve a inversão da jurisprudência firmada anteriormente pelo STF, consoante a fixação da tese relativa ao Tema 201, qual seja:

É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

Cabe destacar que, ao proferir a sua decisão, a fim de manter a segurança jurídica, o STF utilizou a técnica da modulação dos efeitos da decisão, permitindo a restituição do ICMS a partir do ajuizamento da ação para os casos pendentes judicialmente, usando o precedente, e para os demais casos determinou a aplicação a partir da decisão (ALEXANDRE, 2020, p. 403).

Dessarte, a decisão do STF, em 2016, buscou a prevalência das garantias constitucionais quanto à restituição dos valores recolhidos a maior, à legalidade estrita, à capacidade contributiva e à vedação ao confisco (CÔELHO, 2018, p. 226).

3.2 A substituição tributária e a obsolescência do ICMS

A reforma tributária de 1988, ocorrida com a promulgação da Constituição Federal, tinha como eixo central a questão federativa, visando fortalecer os estados e os municípios. Assim, a base de cálculo do ICMS passou a incorporar as comunicações e serviços de transporte interestadual, além dos combustíveis, os lubrificantes e a energia elétrica. Antes de 1988, 79,6% da arrecadação do ICMS era proveniente da indústria da transformação, enquanto 18,7% da arrecadação era oriunda do setor terciário. Em 1997, por sua vez, tem-se que a indústria da transformação reduziu a sua arrecadação para 52,4%, enquanto a do setor terciário aumentou para 45,4% (PRADO; CAVALCANTI *apud* LEITÃO; IRFFI; LINHARES, 2012, p. 41).

Assim, após 1988 ocorreram várias alterações no ICMS. A partir da entrada em vigor da Lei Kandir, em 1996, houve perspectiva de perda de arrecadação pelos estados, tendo em vista a total desoneração das mercadorias destinadas ao exterior e o aproveitamento integral dos créditos relativos aos seus insumos. A partir disso, visando amenizar essa perda dos estados, a União criou algumas alternativas, sendo uma delas a compensação por meio de transferências financeiras para os estados, o Distrito Federal e os municípios, tendo funcionado como uma espécie de prêmio pela participação nos resultados superavitários no comércio exterior. Todavia, tem-se que tais compensações não têm sido suficientes no combate à perda da arrecadação pelos estados (PRADO; CAVALCANTI *apud* LEITÃO; IRFFI; LINHARES, 2012, p. 45).

Dessarte, apesar de o ICMS ser o imposto que mais arrecada no País, tem perdido um espaço cada vez maior, reduzindo a sua importância na carga tributária global e, por consequência, aprofundando-se a crise dos estados da federação (AFONSO; CASTRO; LUKIC, 2018).

Nesse sentido, cabe analisar a evolução do ICMS frente à carga tributária brasileira (CTB) e o produto interno bruto (PIB) no período de 1968 a 2017. Tem-se que, em 1968, o ICM (como era denominado o ICMS), com uma alíquota genérica de 17%, arrecadou o equivalente a 7,28% do produto interno bruto (PIB) e foi o responsável pela geração de 31% da carga tributária global. Já em 2017, com alíquotas internas diversificadas, chegando até 30%, e com a ampliação da base de

cálculo estabelecida na Constituição Federal de 1988, o ICMS arrecadou o equivalente a 6,79% do PIB e respondeu por 20% da carga nacional (AFONSO; CASTRO; LUKIC, 2018).

Ainda, segundo os mesmos autores, ao se comparar a divisão federativa da arrecadação, a participação dos estados – considerando a arrecadação própria, mais e (ou) menos a repartição constitucional de receitas tributárias e outros repasses compulsórios – passou de 31,30% em 1960 para 27,13% em 2017, perdendo, assim, 4,2 pontos percentuais de participação, enquanto os municípios e a União, no mesmo período, ganharam 2,7 pontos e 1,5 ponto, respectivamente (AFONSO; CASTRO; LUKIC, 2018).

Assim, como uma forma de diminuir o impacto da queda das receitas, os estados passaram a utilizar o instituto da substituição tributária de forma exagerada. Tal instrumento deveria se limitar a poucas operações; no entanto, tomou uma proporção de larga escala, utilizando, por vezes, uma alíquota muito distante da real (AFONSO; CASTRO; LUKIC, 2018).

Com efeito, após a mudança da jurisprudência do STF, em 2016, parece que os estados tendem a ver ainda mais reduzida a arrecadação do ICMS. Assim, verifica-se que estados como Santa Catarina e Paraná já diminuíram a lista de produtos sujeitos à substituição tributária (AMARAL; NETO, 2020).

O Estado de Santa Catarina editou o Decreto n. 1.541/2018, excluindo diversos produtos da lista, em frente a um elevado custo possível relativo à provável necessidade de restituições futuras (AMARAL; NETO, 2020).

Por sua vez, o Estado do Paraná excluiu 60 mil itens da lista do regime de substituição tributária, por meio do Decreto n. 2.673/2019, ressaltando que o capital de giro das empresas restava comprometido com o custo da retenção antecipada do imposto (AMARAL; NETO, 2020).

Ainda, a sistemática da substituição “pra frente”, que inicialmente foi criada para facilitar a fiscalização por parte dos estados e reduzir a sonegação, além de antecipar a arrecadação, segundo a manifestação do ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do Recurso Extraordinário 593.849/MG, não mais se justificaria, tendo em vista que atualmente as administrações tributárias estaduais têm à

disposição todo um aparato tecnológico que facilita a efetiva fiscalização e cobrança, possibilitando aferir o real valor da operação.

Com efeito, observa-se o que dizem a respeito Afonso, Castro e Lukic (2018):

Porém, o contraste entre o cenário da administração das receitas e o da legislação e política tributária constitui uma situação paradoxal no Brasil. Quanto mais se retrocedeu em aplicar os princípios básicos da boa tributação, na qual a política tributária deixou cada vez mais a desejar em termos das distorções e dos desequilíbrios que ela acarreta para a economia, mais as administrações fazendárias avançaram na integração. Com efeito, suas práticas tributárias informatizadas se situam entre as mais modernas do mundo. Quer dizer, se cobra de forma moderna tributos que têm caráter arcaico – o ICMS é um bom retrato.

Outro fator que merece importância no que tange à redução na arrecadação do ICMS é a sua tendência à obsolescência. Pode-se citar como exemplo a queda na arrecadação do ICMS relativa aos serviços de comunicação, pois, com a mudança que vem ocorrendo no mercado, tornando-o cada vez mais digital, observa-se a oferta de inúmeros aplicativos que possibilitam a comunicação entre os usuários de forma gratuita (AFONSO; CASTRO; LUKIC, 2018).

Destaca-se, ainda, quanto aos serviços de internet, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já consolidou entendimento, editando a Súmula n. 334, no sentido de que os serviços de provedores de internet não se enquadram no conceito de serviços de comunicação, não incidindo, portanto, ICMS (ALEXANDRE, 2020, p. 732).

A questão da desindustrialização da economia também compromete a expansão da arrecadação do ICMS e a sua própria sustentação, seja pela mudança do mercado, com o crescimento da prestação de serviços, seja pela transferência de indústrias para o exterior (como as indústrias do setor de alumínio) incentivadas pela oneração do ICMS em relação à energia elétrica e serviços de comunicação (AFONSO; CASTRO; LUKIC, 2018).

Daí a importância de existir uma legislação uniforme, em âmbito nacional, como debatido pela doutrina, para alterar o ICMS, a fim

de retomar o seu objetivo inicial, a sua essência, utilizando-se para tanto, de uma tributação sobre o valor agregado, "padrão de tributação dominante no mundo", por meio da criação do Imposto sobre o Valor Agregado (IVA) (AFONSO; CASTRO; LUKIC, 2018).

4 O Imposto sobre o Valor Agregado (IVA)

O Imposto sobre o Valor Agregado (IVA) foi pensado por volta de 1919 por um empresário alemão, Wilhelm von Siemens, que propôs um imposto sobre vendas, não cumulativo, introduzindo o crédito do imposto pago sobre os insumos. Todavia, foi colocado em prática somente em 1948, pela França, e incidia sobre a produção de produtos industrializados, permitindo-se o crédito do imposto pago sobre os insumos utilizados diretamente na produção. Em 1954, após uma reforma, passou a ser chamado de IVA e a ser mais abrangente que o imposto sobre a produção, sem incidir, contudo, sobre os serviços, permitindo-se-lhe, além do crédito relativo aos insumos utilizados na produção, também o crédito sobre os bens de capital e sobre as despesas gerais. Já em 1966, a partir de uma nova e severa reforma tributária que entrou em vigor dois anos depois, em 1968, houve a ampliação da base do IVA francês que eliminou treze impostos e passou a incluir a prestação de serviços em geral (VARSAÑO, 2014, p. 17).

Destaca-se que o primeiro IVA, com as características básicas de um IVA moderno, quais sejam, tipo consumo, base abrangente e princípio do destino aplicado ao comércio exterior, foi instituído pela Dinamarca, em 1967 (VARSAÑO, 2014, p. 13).

No Brasil, por seu turno, foi instituído um IVA federal, que se chamou Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), e um IVA estadual, que passou a se chamar ICM (antigo IVC) e, posteriormente, ICMS. Ainda, optou o legislador por instituir um imposto municipal com incidência sobre os serviços gerais, o Imposto sobre Serviços (ISS) (VARSAÑO, 2014, p. 13).

Assim, tem-se que, no Brasil, houve a separação de um imposto, o IVA, em três impostos, e cada um de competência de uma esfera da federação. O IPI em âmbito federal, o ICMS na esfera estadual e o ISS de competência municipal (ALEXANDRE, 2020, p. 724).

Por sua vez, o IPI não apresenta muitos problemas, por se tratar de um imposto federal, ao contrário do ICMS, de competência estadual, que proporciona a notável guerra fiscal entre os estados (ALEXANDRE, 2020, p. 401).

Cabe destacar que a definição de um imposto sobre o valor adicionado (IVA) apresenta divergência na literatura internacional. Para alguns, a base de cálculo tem um caráter mais restritivo, enquanto para outros apresenta um caráter mais amplo (VARSANO, 2014, p. 11).

Entretanto, atualmente, um IVA, baseado nas melhores práticas tributárias, deve ser um imposto com base ampla (sobre o consumo), que possa ser transferido para os consumidores – pois são estes que suportam efetivamente o seu ônus, não afetando, assim, a decisão de produção – e que não onere a poupança e o investimento, não prejudicando o crescimento econômico. Deve, ainda, ser um imposto neutro em relação ao comércio exterior, ou seja, não estimular exportações e importações, ter poucas isenções e alíquota positiva única (alíquota zero apenas para as exportações). “O IVA moderno é um IVA tipo consumo” e não um imposto tipo produto bruto, e o seu objetivo é a arrecadação, não sendo um bom instrumento para corrigir externalidades, como melhorar a distribuição de renda, uma vez que existem outros mecanismos para desempenhar tal função, como os impostos sobre a propriedade e a renda, bem como a utilização das receitas para programas sociais, a fim de reduzir a desigualdade social (VARSANO, 2014, p. 17-21).

Faz-se necessário, assim, conceituar o IVA do tipo produto bruto, que é aquele em que não há crédito para a aquisição de bens de capital. No Brasil, a Lei Kandir determinou a concessão de créditos relativos aos bens destinados ao ativo, alinhando o ICMS, nesse aspecto, aos melhores impostos sobre o valor agregado do mundo. Entretanto, a Lei Complementar n. 102/2000 passou a exigir o aproveitamento dos créditos dos bens do ativo permanente ao longo de 48 meses, trazendo retrocesso ao ICMS (VARSANO, 2014, p. 22).

Segundo Varsano, vários países, pela dificuldade de identificar se os bens adquiridos serão de consumo durável ou de capital, concedem isenção para bens que são inequivocamente de capital (VARSANO, 2014, p. 22).

Destaca-se, ainda, que a maioria dos países que instituíram o IVA não utiliza a sistemática da substituição tributária progressiva, porquanto esta compromete a qualidade do imposto, sendo tal instituto somente praticado em alguns países da América do Sul como Brasil, Peru e Argentina (VARSANO, 2014, p. 28).

Dessa forma, a maioria dos autores defende a criação de um Imposto sobre o Valor Agregado, o IVA. Para Varsano, o imposto ideal seria um IVA dual, ou seja, um IVA federal, substituindo vários tributos federais sobre o consumo, e um IVA estadual, incluindo os bens e os serviços, extinguindo, assim, o ISS e mantendo-se a participação dos municípios no IVA dual, sem ofender, assim, o pacto federativo, possibilitando um bom equilíbrio entre a autonomia dos estados para tributar e a necessidade de coordenação da União, gestora da política econômica. Ressalta-se que o IVA dual já foi objeto de Projeto de Emenda Constitucional em 1995 (PEC n. 175/1995), e outras propostas, mais amadurecidas, já foram discutidas em momentos posteriores (VARSANO, 2014, p. 43).

Com efeito, outra solução plausível para resolver a questão da tributação das mercadorias e serviços no Brasil seria a criação de um imposto único, de um IVA nacional que incluísse a parcela do ICMS, como já utilizado em boa parte dos sistemas tributários de outros países (ALEXANDRE, 2020, p. 723).

Ainda, de acordo com Ricardo Alexandre, a solução ideal seria a criação de um IVA federal, extinguindo-se o IPI, o ICMS e o ISS, com a devida repartição de receitas para com os estados e os municípios. Entretanto, segundo o jurista, seria politicamente impossível, porquanto os estados e o Distrito Federal não aceitariam, tendo em vista que perderiam o poder político que tal imposto representa na negociação para atrair investimentos para suas regiões (ALEXANDRE, 2020, p. 724).

5 Conclusões

O ICMS, apesar de ser um imposto de competência estadual, tem inúmeras normas constitucionais e gerais em âmbito nacional, determinando, inclusive, a repartição de suas receitas, cujos

objetivos, entre outros, eram de “uniformização e pacificação fiscal” (ALEXANDRE, 2020, p. 403).

A partir da mudança de entendimento da jurisprudência do STF que tornou possível a restituição do ICMS no caso da substituição tributária “pra frente”, a tendência é que os estados diminuam os produtos que fazem parte da lista de mercadorias sujeitas a tal sistemática, como já ocorreu nos Estados do Paraná e de Santa Catarina. Assim, pode-se inferir que a importância do instituto da substituição tributária progressiva tende a reduzir-se no sistema tributário nacional.

Outrossim, observa-se que a diminuição da arrecadação do ICMS tem reduzido a receita dos estados, agravando a crise enfrentada por estes. Nessa linha de ideias, levando-se em consideração o aumento da prestação de serviços gerais, cuja incidência é do ISS, em frente à circulação de mercadorias, é preciso uma análise sobre a necessidade de se alterar a forma de tributação das mercadorias e dos serviços.

Cabe ressaltar, ainda, que em inúmeras ocasiões o Poder Judiciário já foi provocado para decidir sobre questões relacionadas ao ICMS. A título exemplificativo, podem-se citar as decisões já exaradas sobre a necessidade de se determinar acerca da classificação de produtos em mercadorias ou serviços, para fins de incidência de ICMS ou ISS (ALEXANDRE, 2020, p. 728).

Assim, pode-se inferir que, existindo uma reforma tributária visando o ajuste da tributação sobre os bens e serviços no Brasil, consoante discorrido ao longo deste artigo, haveria também uma redução das demandas judiciais sobre o tema.

Consoante demonstrado, observa-se que a tributação ideal sobre o consumo, como já testado e utilizado em mais de 150 países, é pela instituição de um IVA, seja por meio de um imposto nacional único, seja por meio de um IVA dual.

Destarte, verifica-se a urgência de se discutir o tema no Brasil para que se estabeleça a forma mais adequada de tributação sobre o consumo, respeitando-se o pacto federativo, a fim de diminuir a crise gerada nos estados, buscando a neutralidade e a equidade social.

Referências

AFONSO, José Roberto R.; CASTRO, Kleber Pacheco de; LUKIC, Melina Rocha. ICMS: crise federativa e obsolescência. **Rev. Direito GV**, São Paulo, n. 14, set./dez. 2018. [Recurso eletrônico]. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000300986. Acesso em: 20 abr. 2020.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

AMARAL, Thiago Abiatar L.; NETO, Jatyr S. Gomes. A arriscada manutenção da substituição tributária do ICMS. **Consultor Jurídico**, São Paulo, fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-arriscada-manutencao-substituicao-tributaria-icms>. Acesso em: 16 abr. 2020.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel. **Direito tributário brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.851/AL. Tributário. ICMS. Substituição Tributária. Cláusula Segunda do Convênio 13/97 e §§ 6.º e 7.º do art. 498 do Dec. n.º 35.245/91 (Redação do art. 1.º do Dec. n.º 37.406/1998), do Estado de Alagoas. Alegada ofensa ao § 7.º do art. 150 da CF (Redação da EC 3/93) e ao direito de petição e de acesso ao Judiciário. Relator: Min. Ilmar Galvão. **Diário de Justiça**, 8 maio 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266781>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.675/PE. Tributário. Compatibilidade do inc. II do art. 19 da Lei 11.408/1996 do Estado de Pernambuco com o § 7º do art. 150 da Constituição Federal, que autoriza a restituição de quantia cobrada a maior nas hipóteses de substituição tributária para frente em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS. ADI julgada improcedente. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça**, 19 out. 2016a. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/08/ADI-2675.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.777/SP. Tributário. Compatibilidade do inciso II do art. 66-B da Lei 6.374/1989 do Estado de São Paulo (acrescentado pela lei estadual 9.176/1995) com o § 7º do art. 150 da Constituição Federal, que autoriza a restituição de quantia cobrada a maior nas hipóteses de substituição tributária para frente em que a operação final resultou em valores

inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS. ADI julgada improcedente. Relator: Min. Cezar Peluso. **Diário de Justiça**, 19 out. 2016b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13120781>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 593.849/MG. Repercussão Geral. Direito Tributário. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Substituição tributária progressiva ou para frente. Cláusula de restituição do excesso. Base de cálculo presumida. Base de cálculo real. Restituição da diferença. Art. 150, § 7º, da Constituição da República. Revogação parcial de precedente. Relator: Min. Edson Fachin. **Diário de Justiça**, 19 out. 2016c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur365530/false>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CAPARROZ, Roberto. **Direito tributário esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CONFAZ – CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA. **Convênio ICMS n. 81/1993**, de 4 de outubro de 1993. Estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal. Brasília: CONFAZ, [2022]. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1993/CV081_93. Acesso em: 2 abr. 2020.

CONFAZ – CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA. **Convênio ICMS n. 13/1997**, de 25 de março de 1997. Harmoniza procedimento referente a aplicação do § 7º, art. 150 da Constituição Federal e do art. 10 da Lei Complementar 87/1996, de 13.9.96. Brasília: CONFAZ, [2022]. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1997/cv013_97. Acesso em: 2 mar. 2020.

CONFAZ – CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA. **Convênio ICMS n. 67/2019**, de 5 de julho de 2019. Autoriza as unidades federadas que menciona a não exigir valores correspondentes a juros e multas relativos ao atraso no pagamento da complementação do ICMS retido por substituição tributária, e a multa por não entrega da guia informativa, e autoriza a instituição de Regime Optativo de Tributação da Substituição Tributária, conforme especifica. Brasília: CONFAZ, [2022]. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2019/CV067_19. Acesso em: 2 abr. 2020.

LEITÃO, Alejandro; IRFFI, Guilherme; LINHARES, Fabrício. Avaliação dos efeitos da Lei Kandir sobre a arrecadação de ICMS no Estado do Ceará. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 39, jul./dez. 2012. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/314>. Acesso em: 1º out. 2020.

LUCCI, Leonardo. O mecanismo da substituição tributária no ICMS e seus aspectos jurídicos, econômicos e constitucionais. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, jun. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/o-mecanismo-da-substituicao-tributaria-no-icms-e-seus-aspectos-juridicos-economicos-e-constitucionais/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MATOS, Daniel Oliveira. Evolução histórica do ICMS face necessidade de imposto não cumulativo. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, out. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/evolucao-historica-do-icms-face-necessidade-de-imposto-nao-cumulativo/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

MIGUEL, Carolina Romanini. **Regimes especiais de ICMS: natureza jurídica e limites**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-04092014-165654/pt-br.php>. Acesso em: 1º abr. 2020.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário – completo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

ROCHA, João Marcelo. **Direito tributário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2007.

VARSAÑO, Ricardo. **A tributação do valor adicionado, o ICMS e as reformas necessárias para conformá-lo às melhores práticas internacionais**. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2014. Disponível em: <https://publications.iadb.org/pt/tributacao-do-valor-adicionado-o-icms-e-reformas-necessarias-para-conforma-lo-melhores-praticas>. Acesso em: 1º out. 2020.

VASCONCELLOS, Mônica Pereira Coelho de. **ICMS: distorções e medidas de reforma**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

2013. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/td-06022014-135007/pt-br.php>. Acesso em: 15 jun. 2020.

VECCHIATO, Hugo Vitor. Substituição tributária “para frente”. Uma análise do fato gerador presumido à luz dos princípios constitucionais da legalidade e da vedação ao confisco. **Jusbrasil**, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://hugovecchiato.jusbrasil.com.br/artigos/166371246/substituicao-tributaria-para-frente>. Acesso em: 20 jul. 2020.

WAGNER, Rafael Korff; KIELBOVIC, Luiz Edmundo. A complementação do ICMS ST no Rio Grande do Sul. **FEDERASUL**, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://www.federasul.com.br/a-complementacao-do-icms-st-no-rio-grande-do-sul/>. Acesso em: 3 abr. 2020.

Produzido pela Escola Superior do Ministério Público da União
e composto nas fontes Fira Sans e Zilla Slab.

2023 | Brasília-DF

