

## ATUAÇÃO: DIREITOS COLETIVOS NA CONTEMPORANEIDADE

ATUAÇÃO: COLLECTIVE RIGHTS IN CONTEMPORARY TIMES

Chegamos à terceira edição *on-line* da *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*. Presente no Ministério Público de Santa Catarina desde 2003, a *Atuação* nasceu com a intenção de promover o aperfeiçoamento e difundir as atividades funcionais, científicas, técnicas e culturais da Instituição. Em 2018, migrou para a plataforma OJS, passando a ser publicada somente em formato eletrônico, a fim de alcançar o universo acadêmico, em consonância com os critérios estabelecidos pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), com o objetivo de expandir o conhecimento jurídico.

Desde a migração para essa nova plataforma digital, a *Atuação* tem se dedicado a adequar a revista aos padrões de periódicos acadêmicos de prestígio e projetar seu alcance. Além de todos os cuidados no processamento de cada texto, temos ampliado as indexações da revista, traduzimos o site para a língua inglesa, e esta é a primeira edição cujos artigos passam a receber o registro DOI.

A edição de volume 14, número 30, da *Atuação* inicia com o artigo *Processo penal constitucional e a questão do mandado de busca e apreensão coletivo*, em que Antonella Spinelli Paciello e Henrique da Rosa Ziesemer discutem sobre a inviolabilidade constitucional do domicílio, com o objetivo de atingir uma conclusão da constitucionalidade do mandado de busca e apreensão genérico, em razão do conflito dos direitos individuais e coletivos.

Dinalva Souza de Oliveira, com o artigo *Os desafios para a implementação do direito fundamental à cidade sustentável*, entre outros pontos, pretende refletir sobre a proteção constitucional do meio ambiente, abordando o princípio da sustentabilidade e utilizando o método indutivo e a pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental.

O advogado José Luiz de Moura Faleiros Júnior juntamente com Gabriela Roth aborda a necessidade dos juristas de analisar a continuidade da aplicação dos institutos até então utilizados com a existência da nova tecnologia *blockchain* no artigo *Como a utilização do blockchain pode afetar institutos jurídicos tradicionais*.

O quarto artigo que integra o periódico, *O Ministério Público e seu papel fundamental na efetivação dos direitos fundamentais e na integração dos sistemas que consititem a democracia*, escrito por Claudio Amaral Bahia e Fabiana Aparecida Menegazzo Cordeiro, mostra que a nova roupagem dada ao Ministério Público pela Constituição de 1988 é fundamental para a saudável estrutura do sistema democrático.

*A possibilidade de impetração do mandado de segurança coletivo pelo Ministério Público* é tratado no artigo de Marina Gomes de Souza, que, após abordar as teorias restritiva e ampliativa, concluiu pela possibilidade da utilização do writ coletivo pelo Ministério Público com fundamento para a legitimidade na própria Constituição Federal, ressaltando que a legitimidade foi reconhecida em julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

O último artigo desta edição aborda o tema *Reserva de vagas para pessoa com deficiência em concursos públicos: critérios legais e as decisões judiciais*, escrito por Jesce John da Silva Borges, o qual é afirmativo de que as decisões dos Tribunais Superiores, em razão de erros matemáticos, ocasionaram ilegalidades em concursos federais. O autor entende necessária uma reflexão das decisões judiciais sobre o tema, assim como que a Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência devem nortear essas decisões.

Finalizando, agradecemos os autores e os pareceristas que possibilitaram esta edição, contribuindo com a finalidade da *Atuação*, de difundir o conhecimento sobre as funções institucionais do Ministério Público.

Uma excelente e proveitosa leitura!

**Amélia Regina da Silva**  
Promotora de Justiça  
Editora-responsável

***Pareceristas que atuaram no volume 14, número 30, de junho de 2019:***

*Alfredo Emanuel Farias de Oliveira (Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO)*

*André Machado Maya (Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP-RS)*

*Antonia Espindola Longoni Klee (Universidade Federal de Pelotas – UFPEL)*

*Carolina Ângelo Montolli (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG)*

*Daniel Cenci (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ)*

*Elenise Felzke Schonardie (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul  
– UNIJUÍ)*

*Emerson Gabardo (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR)*

*Flávia Piva Leite (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP)*

*Flávio José Gonçalves (Tribunal de Justiça do Ceará – TJ-CE)*

*Geisa Lannes da Silva (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – MPRJ)*

*João Luiz Carvalho Botega (Ministério Público do Estado de Santa Catarina – MPSC)*

*Jonathan Cardoso Régis (Polícia Militar de Santa Catarina – PM-SC)*

*Jose Alberto Antunes de Miranda (Universidade La Salle – UNILASALLE)*

*Julia Heliodoro Souza Gitirana (Universidade Federal do Paraná – UFPR)*

*Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla (Izar Segalla Advocacia e Consultoria)*

*Lucas Fucci Amato (Escola de Direito do Brasil – EDB)*

*Luiz Alberto Araujo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP)*

*Luiz Fernando Bellinetti (Universidade Estadual de Londrina – UEL)*

*Mauricio da Cunha Savino Filó (Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC)*

*Nestor Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza – UNIFOR)*

*Renata Mota Maciel Madeira Dezem (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJ-SP)*

*Ricardo Marcondes Martins (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP)*

*Robério Nunes dos Anjos Filho (Ministério Público Federal – MPF)*

*Sonia Aparecida de Carvalho (Universidade de Passo Fundo – UPF)*

*Vivian Caceres Dan (Universidade do Estado de Mato Grosso – UFMT)*

# O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL E A QUESTÃO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO

CONSTITUTIONAL CRIMINAL PROCEDURES AND THE ISSUE OF  
COLLECTIVE SEARCH WARRANTS

**Antonella Spinelli Paciello**

*Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola do Ministério  
Público do Estado de Santa Catarina  
Advogada*

**Henrique da Rosa Zieseimer**

*Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)  
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo geral debater a inviolabilidade constitucional do domicílio, estimando direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. Para isso, são descritos os referidos direitos e garantias fundamentais, definindo ainda o mandado de busca e apreensão e o mandado de busca e apreensão coletivo. Discute-se, por fim, o crime organizado e seu combate, mencionando a recente intervenção federal decretada no Rio de Janeiro e o suposto conflito entre direitos individuais e a segurança pública. Perquiriu-se, como escopo, uma conclusão a respeito da constitucionalidade do mandado de busca e apreensão genérico, ante o embate aparente entre direitos individuais e coletivos, entendendo-se que o direito à inviolabilidade do domicílio não é absoluto.

**Palavras-chave:** Direitos e garantias fundamentais. Mandado de busca e apreensão. Inviolabilidade do domicílio. Mandado de busca e apreensão coletivo. Segurança pública. Crime organizado. Conflito entre princípios.

**Abstract:** The general objective of this article is to discuss the constitutional inviolability of the domicile, as well as of other fundamental rights and guarantees set out in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. To this end, the fundamental rights and guarantees are described, and individual and collective search warrants are defined. Finally, organized crime and the fight against it are discussed, mentioning the recent federal intervention carried out in Rio de Janeiro and the supposed conflict between individual rights and public safety. The goal is to reach a conclusion regarding the constitutionality of collective search warrants, in light of the apparent clash between individual and collective rights.

**Keywords:** Fundamental rights and guarantees. Search warrant. Inviolability of the domicile. Collective search warrant. Public security. Organized crime. Conflict between principles.

Enviado em: 19-02-2019

Aceito em: 08-05-2019

## INTRODUÇÃO

Após recente decretação da intervenção federal no Rio de Janeiro, o Ministro da Defesa à época, Raul Jungmann, reacendeu o debate a respeito da constitucionalidade dos mandados de busca e apreensão coletivos quando declarou que estes poderiam ser necessários em razão da distribuição geográfica da cidade do Rio.

Sabe-se que os mandados de busca e apreensão coletivos são assim chamados porque não especificam a residência em que se dará a busca, tampouco o objeto desta. Nesses mandados, uma área de abrangência é delimitada para que o executor da ordem possa adentrar em diversas casas de um bairro, por exemplo.

Sob o argumento de combate às organizações criminosas que se infiltram em favelas brasileiras, substituindo o Estado e se opondo a ele, questiona-se cada vez mais a possibilidade de relativizar direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa Brasileira em detrimento do direito à segurança também assegurado nos arts. 5º e 144, da CF.

Entre os direitos e as garantias fundamentais relativizados estão a incolumidade física e moral do indivíduo (art. 5º, inc. III), a intimidade e a vida privada (art. 5º, inc. X) e a inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inc. XI), os quais são tutelados também por relevantes tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Por meio de pesquisa documental e bibliográfica, aliada a um método de abordagem indutivo, o artigo almeja alcançar uma resposta quanto à possibilidade do mandado de busca e apreensão genérico no Direito Processual Penal, tendo em vista que não há previsão legal deste instituto no ordenamento jurídico pátrio.

Essa análise se dará por meio de duas seções. A primeira definirá o Processo Penal Constitucional, contendo uma subseção que descreverá os direitos e as garantias fundamentais e as questões de conflito entre estes e outros direitos e garantias.

A segunda seção abordará as provas no processo penal, tendo destaque o mandado de busca e apreensão como forma de obtenção da prova, suas características, seu fundamento e suas hipóteses de cabimento.

Por derradeiro, o cerne deste artigo será trabalhado no desdobramento da segunda seção, analisando a recente intervenção federal ocorrida no Rio de Janeiro como forma de combate ao crime organizado e a aventada hipótese da busca e apreensão coletiva.

## 1 DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

O Processo Penal Constitucional é uma matéria em constante busca pelo equilíbrio entre os interesses estatais na persecução criminal e os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Portanto, o Processo Penal mostra-se historicamente oscilante, visto que reflete a concepção política vigente em um país em uma determinada época, que, por vezes, alterna entre ideais de eficiência repressiva e proteção às garantias do indivíduo (FERNANDES, 2012, p. 23).

Enriquecendo o conceito dessa interferência política nos “fenômenos penais”, amalha-se comentário de Jakobs e Meliá a respeito da utilização do ordenamento jurídico para a manutenção do poder:

Para tanto, inclusive, podem chegar a estar integrados em estratégias técnico-mercantilistas de conservação do poder político, chegando até a criação consciente na população, de determinadas atitudes no que tange aos fenômenos penais que posteriormente são “satisfeitas” pelas forças políticas. (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 65).

A doutrina entende ainda que o Processo Penal é instrumento para a realização do Direito Penal, devendo estar atrelado a preceitos constitucionais, tanto substancialmente quanto instrumentalmente, sendo imprescindível que a restrição à liberdade do indivíduo se dê em observância ao princípio do devido processo penal:

E tudo isso, com o pleno vigor de três postulados básicos, quais sejam os atinentes à inadmissibilidade de sujeição à *persecutio criminis* sem que tenha ocorrido a prática de fato típico, antijurídico e culpável, e haja, correlatamente, indícios de autoria (*nulla informatio delicti sine crimen et culpa*); à jurisdicionalização da imposição de pena ou de medida de segurança (*nulla pena sine iudicio*); e à vedação de realização satisfativa do *ius puniendi*, provisória ou definitivamente, antes de transitada em julgado sentença condenatória (*nulla executio sine titulo*). (TUCCI, 2011, p. 66).

O devido processo legal, corolário do devido processo penal, teve origem em 1215, ano em que fora outorgada a Magna Carta inglesa por João Sem-Terra a seus barões. O art. 39 do referido texto constitucional delineava o *law of the land*, posteriormente chamado de *due process of law*, como é conhecido até a atualidade. (FERNANDES, 2012, p. 51).

O *due process of law* limitou o poder estatal e foi abarcado constitucionalmente nas Emendas V e XIV dos Estados Unidos da América do Norte, integrando posteriormente as garantias previstas inclusive nas Constituições italiana, portuguesa, espanhola, alemã e belga. (FERNANDES, 2012, p. 51).

Posteriormente, no século XVII, surgiu na Europa o movimento iluminista, que influenciou o direito penal ao tutelar bens jurídicos individuais e consolidar o princípio da *ultima ratio*, ou intervenção mínima. Denominou-se direito penal liberal, pois teve influência do Estado Liberal burguês, intervindo minimamente na liberdade dos indivíduos. (SILVA NETO, 2015, p. 29).

Nesse ínterim, consolidou-se o princípio da proporcionalidade, elaborado na Alemanha e influenciado por ideais jusnaturalistas e iluministas, visando preservar o indivíduo das arbitrariedades do Estado pela ponderação da necessidade, da justiça e da adequação da medida aplicada. (FERNANDES, 2012, p. 57-8).

No entanto, a teoria garantista e o direito penal mínimo, elaborados durante o Iluminismo, perderam, ao longo dos séculos, espaço para modelos penais autoritários e substancialistas, originários de doutrinas pós-iluministas, como bem pontua Ferrajoli (2002, p. 185).

Destarte, ganhou força o chamado “Direito Penal do Inimigo”, evocado principalmente contra o terrorismo, consubstanciado no fato de que o indivíduo criminoso possui comportamento transviado, não merecendo ser tratado como cidadão, prevalecendo para este último a tutela de seu direito à segurança. (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 49).

Atualmente enfrentam o Direito Penal, Processual Penal e Execução Penal a difícil tarefa de debelar a criminalidade organizada, fato que, para Fernandes (2012, p. 32) e Nucci (2016, p. 79), é representado pela necessidade de se estabelecerem limites ao sistema repressivo, de modo a não lesar os direitos e as garantias individuais. Fernandes (2012, p. 23) elucida ainda que não há se falar em colisão “[...] entre eficiência e garantismo no processo penal”, visto que, “[...] em uma visão moderna, esses dois vetores não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo”.

## 1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROCESSO PENAL

Consoante já abordado no tópico anterior, o Estado exerce dupla função no âmbito da jurisdição penal, sendo “[...] detentor, de um lado, do poder-dever de punir; e de outro, o assegurador dos direitos e garantias individuais e, algumas vezes, o exercício das duas atividades estatais pode provocar conflito ou colisão de direitos”. (PITOMBO, 2005, p. 52).

Definidos os direitos fundamentais do indivíduo, as garantias correspondentes devem ser estabelecidas de imediato, para que a proteção de ambos se dê “[...] mediante atuações judiciais, tanto quanto possível rápidas, prontas e eficazes”. (TUCCI, 2011, p. 55).

Destaca-se que o Brasil foi o primeiro a tutelar os direitos do homem em sua Constituição imperial, de 1824, anos antes da promulgação da Constituição da Bélgica, suposta pioneira em garantir esses direitos (SILVA, 1990 apud FERNANDES, 2012, p. 23). Progressivamente, os países se comprometeram a assinar declarações que albergavam direitos básicos do indivíduo, ampliando as garantias da tutela. (FERNANDES, 2012, p. 23).

Essas declarações, ou tratados internacionais, quando aprovados, “[...] tornam-se leis internas com status hierárquico superior às leis ordinárias”, relembrando Pitombo (2005, p. 59), que “[...] o processo penal rege-se, de modo prevalente pelo Código, ressalvados os tratados, as convenções e as regras de direito internacional (art. 1º, do CPP)”.

Dentre as diversas declarações ratificadas pelo Brasil, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, corroborou sobremaneira para salvaguardar a tutela da casa e o respeito à integridade física e moral do indivíduo, por exemplo. (PITOMBO, 2005, p. 59).

Robert Alexy preleciona que “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”. O autor aborda a importância do chamado “sopesamento” ao dizer que “quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico” (ALEXY, 2011, p. 117):

Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas

de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. (ALEXY, 2011, p. 118).

Na mesma seara, está o exemplo trazido por Silva Neto (2015, p. 27) do entendimento esposado pelo STF no julgamento do MS 23.452/RJ, em que se relativizam os direitos e garantias individuais quando em conflito com a ordem pública e direitos e garantias de terceiros:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (BRASIL, 1999).

Há casos, entretanto, que a própria Constituição estabelece limites ao direito fundamental com o intuito de restringir esses conflitos, como no exemplo da inviolabilidade domiciliar, em que foram previstas exceções, fundadas no direito dos indivíduos à segurança (arts. 5º e 144, da CF). (SILVA NETO, 2015, p. 27).

A esse respeito, Nucci (2016, p. 69) entende não haver conflitos entre “[...] esses direitos, pois se está apontando o gênero (direitos humanos) e a espécie (segurança individual)”. De fato, muitos apontam os direitos humanos como óbice à segurança pública e à atuação policial, porém, o autor pontua que a política criminal e seu bom funcionamento devem ser imputados aos governantes. (NUCCI, 2016, p. 59).

## **2 DAS PROVAS NO DIREITO PENAL**

Sob o manto dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição da República Federativa Brasileira prevê expressamente em seu art. 5º, inc. LVI, a

vedação de provas obtidas por meios ilícitos (BRASIL, 1988). No entanto, o já citado princípio da proporcionalidade vem ganhando espaço quando o assunto é a flexibilização do inc. LVI, do art. 5º, perante alguma outra garantia constitucional relevante (FERNANDES, 2012, p. 92):

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos. (FERNANDES, 2012, p. 89).

Com o mesmo fundamento, qual seja, o de resguardar os direitos e garantias individuais dos cidadãos dos excessos cometidos principalmente em ações de busca e apreensão, originou-se, na América do Norte, a teoria das *exclusionary rules*, a qual considera nula qualquer prova obtida em dissonância com esses direitos e garantias. (MENDRONI, 2015, p. 266).

Surge então a teoria do “fruto da árvore contaminada” (*fruits of the poisonous tree*) a partir do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States*, sendo entendida, posteriormente, como passível de exceções. Dentre essas, mostra-se relevante a ressalva de que “a evidência pode ser admitida se a acusação demonstrar que ela seria inevitavelmente obtida por outro meio, mesmo que aquela conduta que a obteve não houvesse sido praticada”. (GARLAND; STUCKEY, 2000 apud MENDRONI, 2015, p. 270).

Essa prova, quando ilícita, pode ainda ser admitida quando “outros elementos indiciários” justifiquem a acusação, o que não se dá quando a prova serve de sustentáculo para a denúncia, não podendo o Ministério Público utilizá-la. A doutrina exemplifica que, caso a apreensão de uma substância entorpecente seja feita de forma ilícita e essa seja a única prova, não há falar em materialidade do crime. (FERNANDES, 2012, p. 97).

Merece especial atenção a obtenção da prova na busca e apreensão, principalmente porque esta tangencia a garantia de intimidade, exigindo observância ao devido processo legal e a previsão legal dos meios de prova para evitar extremismos, haja vista que essa prova fundamenta o convencimento judicial na decisão da causa. (TÔRRES, 2004, p. 125).

## 2.1 DA BUSCA E APREENSÃO

A busca e a apreensão estão previstas na Constituição Federal e se relacionam diretamente à incolumidade física e moral do indivíduo (art. 5º, inc. III), à intimidade e à vida privada (art. 5º, inc. X) e principalmente ao direito fundamental à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inc. XI) (BRASIL, 1988). Pitombo (2005, p. 51) lembra ainda que “[...] o desprezo das aludidas normas atinge, também, duas outras garantias constitucionais: ‘devido processo legal’ e a inadmissibilidade, no processo, das ‘provas obtidas por meio ilícito’ (art. 5º, inc. LIV e LVI)”.

Apesar de aventada pela doutrina pátria, a violação da intimidade não possui tutela legal, sendo que o conjunto dos “preceitos legais” de “inviolabilidade da casa”, de “respeito à intimidade, à vida privada e à integridade física e moral visam proteger a intimidade pessoal e a vida privada”. (PITOMBO, 2005, p. 87).

No que concerne à inviolabilidade do domicílio, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal diferenciam-se em seu texto legal quanto às hipóteses excepcionais de cabimento. Enquanto o texto constitucional amplia o objeto no inciso XI do art. 5º, que diz “salvo em caso de flagrante delito” (BRASIL, 1988), o Código de Processo Penal restringe-se aos casos de crime, em seu art. 240 (BRASIL, 1941):

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.  
§1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:  
a) prender criminosos;  
b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;  
c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;  
d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;  
e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;  
f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;  
g) apreender pessoas vítimas de crimes;  
h) colher qualquer elemento de convicção.  
§2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Cinge-se aqui a discussão a respeito da busca domiciliar, afeta ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio. Essa defesa tem origem com a

monarquia, período em que eram frequentes as invasões às casas dos súditos, ainda que estes não houvessem cometido crime algum, mediante a expedição imoderada de mandados de busca e apreensão (BASTOS, 2002, p. 346), daí surgindo a expressão “*my house is my castle*”, que alçou a tutela do domicílio à preceito constitucional (TUCCI, 2011, p. 336).

A Constituição da República de 1988 trouxe pela primeira vez a previsão legal da necessidade de mandado judicial para violação de casa alheia, visando proteger também a intimidade, a vida privada e a integridade física e moral do indivíduo (PITOMBO, 2005, p. 58):

Observa-se, pois, que as Constituições anteriores, salvo a de 1937, proibiram a entrada, na casa do indivíduo, à noite, de modo expresse. Durante o dia, as hipóteses de ingresso eram incêndio e inundação (1824); para acudir vítimas de crime ou desastre (1891, 1934, 1946); em caso de crime ou desastre (1967). (PITOMBO, 2005, p. 57).

Discute-se o conceito de “casa” no ordenamento jurídico, sendo que, para o Processo Penal o sentido do vocábulo é amplo, “[...] tanto que abrange qualquer compartimento habitado, aposento ocupado em local de habitação coletiva, compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade, excetuando o próprio Código Penal da expressão casa, a taverna, a casa de jogo e outras do mesmo gênero”. (TÔRRES, 2004, p. 136).

O Supremo Tribunal Federal deu ainda uma interpretação extensiva para o conceito de casa no julgamento do RHC 90.376/RJ, entendendo que o sentido da palavra abrange quartos de hotéis, motéis e flats, quando ocupados. (SILVA NETO, 2015, p. 28).

Apesar de ter o legislador dado um sentido único à busca e à apreensão, entende a doutrina que os dois institutos são autônomos, fato evidenciado quando há apresentação espontânea do objeto da busca, configurando apenas a apreensão. (PITOMBO, 2005, p. 103).

Tendo em vista a previsão constitucional de que a violação do domicílio só se dará mediante mandado judicial, abre-se exceção para os casos de flagrante, desde que sejam estes constatados antes do ingresso no domicílio, sob pena de serem consideradas nulas a busca, a eventual apreensão e a violação do domicílio, mesmo que após a entrada tenha se verificado a suspeita do flagrante. (SANTOS JUNIOR, 2015).

Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1574681 inovou ao absolver um acusado por tráfico de drogas por entender ilícita a prova (18 pedras de crack) obtida mediante busca e apreensão em sua residência, sem mandado. No caso, o indivíduo havia corrido para o interior do domicílio ao avistar patrulha policial em localidade conhecida pela mercancia espúria, gerando suspeitas de possível flagrância em crime permanente:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRICTIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 4. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010). 5. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 11.2, destinado, explicitamente, à proteção da honra e da dignidade, assim dispõe: "Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação." (BRASIL, 2017).

O julgado mencionou ainda a Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada, estabelecida no art. 5º, LVI, da CF, para embasar a nulidade da prova, "[...] pois é evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas".

Nessa acepção, fora tecido em subementa relevante comentário a respeito dos direitos e garantias fundamentais em colisão com a necessidade de enfrentamento ao crime organizado pelo Estado, ressaltando a compreensão de que os direitos à intimidade e à inviolabilidade domiciliar não devem ser afetos a qualquer preço:

[...] 7. Se, por um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais enérgica por parte do Estado, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida,

a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali se homiziou. 8. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar irritado o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar. 9. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo. (BRASIL, 2017).

E prosseguiu, afirmando que nem todo crime permanente denota a urgência necessária para o ingresso em residência sem mandado autorizador:

[...] 10. Se é verdade que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial - ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro -, *também é certo que nem todo crime permanente denota essa emergência*. 12. *A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do morador - que deve ser mínima e seguramente comprovado - e sem determinação judicial*. 13. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação - como ocorreu na espécie - de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de qualquer preocupação em documentar e tornar imune a dúvidas a voluntariedade do consentimento. 15. Recurso especial não provido, para manter a absolvição do recorrido. (BRASIL, 2017) (grifou-se).

Não obstante haja somente uma denúncia anônima a respeito do cometimento de crime em determinada residência, os policiais estão autorizados a adentrarem o domicílio para realizar eventual busca caso a “percepção direta” (“visão ou audição extramuros”) denote a situação de flagrância. “Cabe advertir, porém, que embora se dispense a posse de um mandado judicial de busca e apreensão, deve-se aplicar o determinado no art. 245 do CPP, em especial o seu §7º - que determina a lavratura de auto circunstanciado assinado por duas testemunhas presenciais”. (SANTOS JÚNIOR, 2015, p. 289).

Apesar do entendimento de que o mandado de busca e apreensão pode ser expedido sem especificação do objeto que deva ser buscado e apreendido, em razão de sua indefinição (TUCCI, 2011, p. 340), Ana Maria Campos Tôrres aduz que a motivação do que se busca deve ser convincente, residindo nesta a “fumaça do bom direito” (TÔRRES, 2004, p. 144):

Assim é que a ordem judicial é imprescindível, pois nela repousa o substrato da garantia quanto ao abuso, motivada esta por fundadas razões, ou seja, justificado o porquê da prova, da imprescindibilidade de sua realização e os limites a que se atém indicando pessoa ou coisa a ser buscada.

Quanto ao período de cumprimento da ordem judicial, este enseja divergências entre os doutrinadores. Para Tucci, o mandado deve ser cumprido no período de 6 a 18 horas, que corresponde à prática de atos processuais na legislação infraconstitucional que vigora atualmente (TUCCI, 2011, p. 341). Já para Fernandes, observa-se o fenômeno natural de início e fim do dia pelo aparecimento e desaparecimento do sol, e “em caso de dúvida, a prova poderá ser obtida junto a Institutos Meteorológicos, até mesmo oficiais”, visto que esta alternativa “[...] atenderá a variações de horários ocorridas durante o ano em virtude do ‘horário de verão’, diversidade de estações e peculiaridades regionais”. (FERNANDES, 2012, p. 112).

Não há dúvidas, todavia, de que no período noturno a inviolabilidade do domicílio é absoluta, tanto para a busca e apreensão quanto para a prisão, devendo ser observado o art. 293 do CPP em ambos os casos: o executor “[...] deve ‘guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão’ [...], no caso a busca”. (PITOMBO, 2005, p. 138).

## 2.2 CRIME ORGANIZADO, INTERVENÇÃO FEDERAL E A BUSCA E APREENSÃO GENÉRICA (OU COLETIVA)

Conforme já exposto, a busca e apreensão domiciliar devem preencher requisitos legais, dispostos no Código de Processo Penal e limitados na Constituição Federal. Esses limites encontram uma única exceção prevista na própria Lei Maior, qual seja, a decretação do estado de sítio (art. 139, inc. V) (PITOMBO, 2005, p. 52):

O decreto do estado de sítio possui contornos rígidos e “indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas” (art. 138, da Constituição da República). Entre as medidas que poderão ser tomadas contra a pessoa, está a “busca e apreensão em domicílio” (art. 139, V).

Visto que essa exceção não se estende nem mesmo ao estado de defesa (art. 136) (PITOMBO, 2005, p. 52), discute-se atualmente, principalmente após recente intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro, a possibilidade jurídica dos chamados mandados de busca e apreensão genéricos ou coletivos.

A essência dessa medida é a extensão do mandado a uma “área geográfica de incidência” (SANTOS JÚNIOR, 2015, p. 298), não se restringindo a busca e apreensão a uma residência determinada, conforme dita o Processo Penal. Trata-se, substancialmente, da aplicação do garantismo penal positivo e da teoria da proporcionalidade na flexibilização de um direito fundamental individual, a inviolabilidade domiciliar, contraposto a um direito fundamental coletivo, a segurança pública. (SILVA NETO, 2015, p. 32).

A despeito da difícil tarefa que tem a Justiça nesse sopesamento, Mendroni acredita que a sociedade clama pela recuperação da ordem pública e o Estado deve tomar medidas de prevenção e repressão de maneira incisiva, de modo que não há “[...] mais espaço para aqueles discursos, no mais das vezes demagógicos, realçados, derivados e trazidos a reboque das expressões de ‘estigmatização do investigado/acusado’, ‘garantismo’ ou ‘aplicação de Direito Penal mínimo’”. (MENDRONI, 2015, p. 126).

Da análise de estudo da ONU, chamado *Global Study on Homicide*, tem-se que estudiosos e a comunidade internacional chegaram à conclusão de que “[...] a violência letal tem forte ligação com contextos de escassez e privação, iniquidades e desigualdades, marginalização social, baixos níveis de educação e um Estado de Direito que não se efetivou”. (UNITED NATIONS, 2011 apud SANTOS JÚNIOR, 2015, p. 295).

Esses contextos de escassez e privação ensejam o desenvolvimento de um “Estado paralelo”, em que as organizações criminosas atuam substituindo o Estado em diversos aspectos, sendo esta a realidade principalmente nas grandes metrópoles, a exemplo de São Paulo e do Rio de Janeiro, “[...] quando o honesto

até busca a 'proteção' dos criminosos, ou quando menos aqueles sempre silen-  
ciem em relação a estes, impedindo ou dificultando o trabalho de investigação  
da polícia". (MENDRONI, 2015).

Ocorre que a referida substituição estatal nas atividades exercidas pela  
Justiça é utilizada pela criminalidade organizada para incutir um discurso de  
repulsa aos organismos estatais e à polícia. Contudo, para Mendroni, importa  
considerar que o Estado ainda tem mais força – e força suficiente para combater  
qualquer tipo de estrutura criminosamente organizada. (MENDRONI, 2015, p.  
61).

Corroborando com o entendimento supra, Nucci preleciona que esse com-  
bate às organizações criminosas deve se dar por um "tratamento à altura", no  
qual a polícia seja devidamente equipada e, dentro de uma atuação legal, se  
oponha ao crime organizado e às "[...] armas ilegais e típicas do exército que  
carregam, com atitudes dignas de terroristas" (NUCCI, 2016, p. 53), à medida  
que:

a organização criminosa é um fardo para a sociedade, como também  
um peso para o Estado. Trata-se de um poder paralelo, estruturan-  
do-se a criminalidade em formato de empresa para atingir objetivos  
ilícitos. Imiscui-se o delinquente nas entranhas da Administração  
Pública, corrompe agentes do Estado e fomenta a impunidade de  
maneira galopante. (NUCCI, 2016, p. 95).

A corrida estatal pelo combate das organizações criminosas está sempre  
no sentido de remediar a atuação destas, "assim como a vacina sempre perse-  
gue a doença". Insta salientar ainda que a criminalidade organizada evolui "[...]  
em velocidade muito maior do que a capacidade da Justiça de percebê-las, ana-  
lisá-las e principalmente combatê-las". (MENDRONI, 2015, p. 28).

No entanto, pondera-se que os direitos humanos não devem ser enfrenta-  
dos como óbice ao trabalho do policial e à segurança pública, sendo que a socie-  
dade deve vislumbrar os direitos humanos como forma de combate a "qualquer  
forma de opressão" (NUCCI, 2016, p. 52):

O apoio eventualmente recebido de parcela da comunidade é um  
desabafo coletivo de desgosto em face dos elevados índices de cri-  
minalidade. Pode ser compreensível, mas não justificável. Um ban-  
dido morto não é um bandido a menos, mas um crime a mais,  
elevando os índices de cometimento de delitos naquela localidade.

O simples fato de dar “paridade de armas” à polícia e à Justiça não deve caracterizar a famosa teoria do direito penal do inimigo de Jakobs, mas sim “[...] resguardar a integridade física e a vida dos policiais em serviço, permitindo que tenham isonômicas possibilidades de efetuar a prisão dos infratores” (NUCCI, 2016, p. 53).

Nesse sentido, a busca e apreensão domiciliar genérica visa dirimir “[...] a falta de investimento estatal na segurança pública, que não dá suporte aos aparelhos de inteligência para as investigações, restringindo um direito fundamental previsto na lei fundamental”. Entretanto, a aplicação da teoria da proporcionalidade de Alexy deve dar lugar ao princípio da vedação à proteção deficitária, “[...] tendo em vista que haveria outras formas de garantir a segurança pública sem que se ferisse direito fundamental individual”. (SILVA NETO, 2015).

Para Pitombo, ferir garantias fundamentais pela realização da busca e apreensão equivale a infringir o devido processo penal (PITOMBO, 2005, p. 94), de modo que “da ilicitude constitucional não pode advir a licitude processual” (PITOMBO, 2005, p. 89). A autora defende que essa violação de garantias na realização da busca, por exemplo, torna sem efeito tanto uma eventual apreensão quanto os atos decorrentes dela. (PITOMBO, 2005, p. 89).

Conclui-se, destarte, que a visão abarcada na exposição de motivos do Código de Processo Penal, que se lê a seguir, deve ser interpretada sob a ótica da atual Constituição da República Federativa do Brasil e de seus direitos e garantias fundamentais, consoante assevera Tôrres (2004, p. 150):

O interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos que redundam em assegurar, com prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este. (BRASIL, 1941)

É fato notório que o Brasil se vê assolado por organizações criminosas e seu crime mais que organizado, demandando atuação pontual do Estado na repressão deste. Contudo, a atuação deve se associar a políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais dos indivíduos em locais como favelas, por exemplo.

Não basta enfrentar o crime por meio de um Direito Penal Máximo, pois a criminalidade sempre deixará suas raízes numa sociedade sem educação, sem

saúde ou qualquer outra garantia prevista na Constituição, sendo notório que atualmente todo o ordenamento jurídico tem sua hermenêutica analisada por um “filtro constitucional” para análise de princípios e garantias estabelecidos na Lei Maior.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o intuito de elucubrar a possibilidade jurídica do mandado de busca e apreensão coletivo, analisou-se primeiramente o Processo Penal Constitucional e os direitos e garantias fundamentais abarcados pela Constituição da República e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

A partir dessa análise, surge o problema do conflito entre garantias, sobretudo a colisão entre as garantias à inviolabilidade do domicílio e à segurança (pública), cerne da discussão do mandado de busca e apreensão coletivo.

Vislumbra-se que a mera subsunção da norma ao caso concreto seria ineficaz, motivo pelo qual outros meios para a resolução desse conflito devem ser empregados. Sendo assim, a máxima da proporcionalidade defendida por Robert Alexy se apresenta como uma estrutura de raciocínio que possibilita o juízo de ponderação, conforme visto no julgamento de casos como o do HC 82.424-2/RS (“caso Elwanger”) pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse íterim, no julgamento do RMS 23.452/RJ, o STF assentou entendimento sobre a não existência, no sistema constitucional brasileiro, de direitos ou garantias com caráter absoluto, podendo estes ser limitados.

De suma importância para a temática desse artigo e ainda pendente de julgamento, o HC 15.411-8/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, trará um norte a esse debate que urge à segurança pública tanto quanto aos cidadãos que clamam por medidas contra a criminalidade galopante no Brasil.

Manifestando-se nesses autos, a Procuradoria-Geral de Justiça aduziu ser a segurança também um direito fundamental ao qual a Constituição Federal está vinculada, ao passo que a necessidade da coletividade deveria prevalecer em detrimento de um direito individual.

É cediço que o Direito Penal e Processual Penal não deve ser utilizado como único remédio que irá curar amargamente a doença da criminalidade urbana, muitas vezes mais organizada que o Estado.

Contudo, o crescente clamor popular pelo combate aos índices de criminalidade alarmantes que assolam o país exige que a justiça criminal, em estrita observância ao princípio da proibição de excessos e ao princípio da vedação da proteção deficiente, possa sopesar a inviolabilidade de domicílio em detrimento da segurança pública em casos pontuais.

Para tal, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito - três premissas abarcadas pela máxima da proporcionalidade - devem estar presentes nessa ordem, sendo assim interpretadas como regras, segundo Alexy.

Nessa seara, questiona-se: a) a flexibilização da inviolabilidade de domicílio seria adequada para atingir o fim colimado (garantia da ordem e segurança públicas)?; b) a decretação de mandado de busca e apreensão coletivo seria o meio menos gravoso de se alcançar esse objetivo?; c) a limitação da inviolabilidade de domicílio seria proporcional ao resultado que se busca?

Ora, sendo o mandado de busca e apreensão coletivo expedido somente nos casos em que há fundadas razões para tal (adequando-se ao §1º, do art. 240, do CPP), pode-se considerar que esta medida seja a única eficiente, adequada, menos gravosa e proporcional ao resultado que se busca, nos casos em que uma região geográfica densamente povoada dificulta o trabalho policial. Todavia, em atenção ao princípio da proibição de excessos, deve o mandado de busca e apreensão genérico ser exceção, e não regra.

A estruturação da polícia judiciária com aparelhamentos e tecnologias que possibilitem uma investigação eficiente, aliada ao aumento do poder investigatório do Ministério Público, poderiam ser formas de se garantir o caráter excepcional da medida, demandando que o mandado coletivo seja embasado em fundadas razões e indícios de que um criminoso ou objeto de crime, por exemplo, estejam localizados em determinada região cuja localização precisa (número da casa, nome da rua, entre outros dados) não se pôde constatar.

Em tempos de intervenção federal, em que se almeja o restabelecimento da ordem pública de forma célere, medidas impositivas devem ser tomadas para que, posteriormente, políticas criminais sejam efetivadas, aliadas a políticas públicas de “desmarginalização” dessas áreas.

Como se sabe, a falta de apoio da comunidade obsta o trabalho dos agentes públicos na investigação e repressão da criminalidade, seja por medo que

os cidadãos têm dos membros da organização criminosa, seja por proteção que essa mesma organização oferece aos moradores da favela.

Em tempos de combate ao crime organizado, cada vez mais estruturado e equipado com armamento pesado, digno de exército, está a justiça criminal sempre “um passo atrás” no combate à criminalidade, seja pela forma como essas organizações substituem o Estado nas comunidades que subsistem, seja pela inalcançável “paridade de armas” entre os agentes da justiça e os agentes criminosos.

Não se mostra razoável, nestes termos, fechar os olhos às demandas sociais pela garantia fundamental à segurança em face de uma absoluta proteção à inviolabilidade de domicílio e ao princípio da presunção de inocência. Diante disso, o processo penal deve ponderar valores, buscando o equilíbrio entre o exercício da acusação e os direitos e garantias fundamentais (sejam esses da sociedade, das vítimas ou do réu), numa verdadeira vedação à proteção deficiente, também insculpida na máxima da proporcionalidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Lei n. 3689, 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. 8 de setembro de 1941. Disponível em: <[http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 23452**. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999. Dis-

ponível em: < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s-1=000020700&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 set. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1574681**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma, julgado em 20/04/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1574681&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 17 set. 2018

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARLAND, Normam M.; STUCKEY, Gilbert B. **Criminal evidence for the law enforcement officer**. Exclusionary rule. Glencoe: McGraw-Hill, 2000.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Cancio. **Direito Penal no inimigo**: noções e críticas. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, eBook, 2016.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS JUNIOR, A "GUERRA CONTRA O CRIME" E OS CRIMES DA GUERRA: FLAGRANTE E BUSCA E APREENSÃO NAS PERIFERIAS. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 117, novembro-dezembro, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990

SILVA NETO, A Violação dos Direitos Fundamentais pelas Decisões que Autorizam a Busca e a Apreensão Coletivas. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. XI, n. 64, fevereiro-março, 2015.

TÔRRES, Ana Maria Campos. **A busca e apreensão e o devido processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime. **Global study on homicide 2011.** Viena: United Nations Office on Drugs and Crime, 2011.

VIZZOTTO, RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEGURANÇA PÚBLICA: uma análise penal-constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 14, n. 57, outubro-dezembro, 2006.

# OS DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CIDADE SUSTENTÁVEL

CHALLENGES TO THE IMPLEMENTATION OF THE FUNDAMENTAL  
RIGHT TO A SUSTAINABLE CITY

**Dinalva Souza de Oliveira**

*Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí  
(UNIVALI)*

*Promotora de Justiça do Ministério Público de Rondônia (MPRO)*

**Resumo:** A sustentabilidade está no centro dos debates globais, sendo que os organismos internacionais passaram a discutir mecanismos para compelirem os Estados na busca por boas práticas ambientais, a fim de tornar as cidades sustentáveis. Nessa esteira, o presente artigo tem como temática principal a análise relativa à concretização do direito fundamental à cidade sustentável. O objetivo geral é o estudo dos principais desafios para a implementação do direito fundamental à cidade sustentável. Os objetivos específicos são analisar a proteção constitucional do meio ambiente, traçar breves apontamentos concernentes ao direito à cidade, perpassando pelo princípio da sustentabilidade e o paradigma das cidades sustentáveis. Conclui-se que é imperioso o combate à ineficiência estatal para a efetivação do direito fundamental à cidade sustentável. Para a consecução do artigo utilizou-se o método indutivo e pesquisas qualitativa, bibliográfica e documental.

**Palavras-chaves:** Cidades Sustentáveis. Direitos fundamentais. Meio ambiente. Sustentabilidade.

**Abstract:** Sustainability is at the heart of global debates, with international organizations now discussing mechanisms to compel states to pursue good environmental practices in order to make cities sustainable. In this vein, the main theme of this article is the analysis of the materialization of the fundamental right to a sustainable city. The general objective is to study the main challenges to the implementation of this right. The specific objectives are to analyze the constitutional protection of the environment and briefly discuss the concept of city, addressing the principle of sustainability and the paradigm of sustainable cities. The inductive method and qualitative, bibliographical and documentary researches were used in the development of this study.

**Keywords:** Sustainable cities. Fundamental rights. Environment. Sustainability.

Enviado em: 28-02-2019

Aceito em: 08-05-2019

## INTRODUÇÃO

Vive-se o período das aglomerações urbanas. No Brasil, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística<sup>1</sup> apontam que aproximadamente 84% da população residem na zona urbana. O êxodo rural se acentuou na segunda metade do século XX, ocasionado, sobretudo, pela mecanização do campo, sendo que o crescimento exponencial e desordenado dos centros urbanos resultou no aumento de demandas próprias decorrentes do fenômeno da urbanização.

Diante desse cenário, a questão ambiental é, sem dúvida, uma das mais sensíveis, pois irradia efeitos para outras áreas de atuação, como saúde, saneamento, moradia, alimentação. Não sem razão, a sustentabilidade está no cerne dos debates globais. A comunidade passou a discutir mecanismos para constranger os Estados para a adoção de práticas ambientais que visem a assegurar a vida no planeta.

Nessa toada, tornar as cidades sustentáveis, vale dizer, conferir qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, é o desafio a ser perseguido pela sociedade, seja no âmbito público ou privado, no plano interno ou internacional, como se verá ao longo do presente artigo.

## 2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

A comunidade internacional, a partir de década de 1970, percebe a necessidade de promover discussões no plano global concernente à proteção ambiental. A primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente realizou-se em Estocolmo, entre 5 e 16 de junho de 1972, e resultou na criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).

O reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente tem como suporte a Declaração do Meio Ambiente de 1972, elaborada por ocasião da citada conferência, sendo que os princípios afetos à questão ambiental formulados naquela oportunidade são prolongamentos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e nortearam a elaboração do capítulo do meio ambiente da Constituição Federal de 1988 (SILVA, 2013, p. 61-73).

A Declaração do Meio Ambiente de 1972, também conhecida como Declaração de Estocolmo, contém 26 princípios relativos a comportamentos e respon-

<sup>1</sup> Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&idnoticia=1766&t=censo-2010-populacao-brasil-190-732-694-pessoas&view=noticia>. Acesso em 15 jan. 2019.

sabilidades que estabelecem diretrizes nos processos decisórios de relevância ambiental (MILARÉ, 2013, p. 1533).

No ordenamento pátrio, a Constituição Federal de 1988 reservou capítulo próprio para a tutela do meio ambiente. É também a primeira constituição a usar a expressão meio ambiente, consoante disposição no artigo 225, *in verbis*:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações<sup>2</sup>.

Nessa toada, embora o meio ambiente não esteja arrolado no bojo do Título II, denominado dos Direitos e Garantias Fundamentais, da Constituição Federal de 1988, certo é que, em razão da cláusula de abertura prevista no artigo 5º, § 2º, do texto constitucional, a qual dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros oriundos do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, não restam dúvidas de que o constituinte alçou o meio ambiente ecologicamente equilibrado ao *status* de direito fundamental e, por consequência, a vida nas cidades deve se pautar pela extensão e fruição desse direito.

O meio ambiente é interesse difuso, pois não se esgota numa só pessoa, mas se espraia para uma coletividade indeterminada (MACHADO, 2014, p. 148). Afirma-se a existência de um direito ao meio ambiente, a um tempo individual e coletivo, e que se qualifica como direito fundamental da pessoa. Tal direito refere-se não à fruição do meio ambiente, que é individual, mas à conservação, que é concernente à coletividade (MADDALENA apud MACHADO, 2014, p. 149).

Partindo-se do conceito de direito fundamental encampado por Sarlet (2018, p. 78) de que estes são posições jurídicas concernentes à pessoa e que dada sua relevância foram positivadas na Constituição, certo é que quando o constituinte originário disciplinou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, erigiu-o à categoria de direito fundamental. Essa constatação é perceptível em razão da supremacia ambiental e irradia efeitos para todas as demais áreas (econômica, social, política, cultural). Como direito fundamental, é possível exigir a correspondente prestação por parte do Estado, ainda que seja na via judicial.

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 15 jan. 2019.

Há um entrelaçamento lógico entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a própria vida e, nesse sentido, ele pode ser exercido por todos, seja no aspecto coletivo (interesse difuso), seja pela pessoa humana individualmente considerada (direito subjetivo personalíssimo), conforme aponta Milaré (2013, p. 121). Conferido o *status* de direito fundamental à proteção ambiental, incide todo o arcabouço protetivo de normas com essa envergadura, como o regramento de cláusulas pétreas:

a consolidação constitucional da proteção ambiental como cláusula pétrea corresponde à decisão essencial da lei fundamental brasileira”, em razão da sua importância do desfrute de uma vida com qualidade ambiental à proteção e equilíbrio de todo o sistema de valores e direitos constitucionais, e especialmente à dignidade humana (FENSTERSEIFER, 2008, p. 170).

No que tange à classificação do meio ambiente, Fiorillo (2011, p. 73-81) elenca as seguintes categorias: meio ambiente natural ou físico, artificial, cultural e do trabalho e o patrimônio genético.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981)<sup>3</sup>, no artigo 3º, inciso I, define meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Trata-se de conceito relativo ao meio ambiente natural ou físico.

O meio ambiente artificial pode ser compreendido nos seguintes termos:

espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto). Este aspecto do meio ambiente está diretamente relacionado ao *conceito de cidade*. Vale verificar que o vocábulo “urbano”, do latim *urbs, urbis*, significa cidade e, por extensão, seus habitantes. Não está empregado em contraste com o termo *campo* ou *rural*, porquanto qualifica algo que se refere a *todos os espaços habitáveis* [...] (FIORILLO, 2011, p. 74-75, grifo do autor).

O meio ambiente cultural está disposto no artigo 216 da Constituição Federal<sup>4</sup>. Refere-se, de modo geral, ao patrimônio histórico. Pontua-se, ainda, a

<sup>3</sup> BRASIL. Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em 15 jan. 2019.

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 15 jan. 2019.

subdivisão do meio ambiente cultural decorrente da era informacional, o denominado meio ambiente digital (FIORILLO, 2011, p. 76-77).

Quanto ao meio ambiente do trabalho, pode ser compreendido nos seguintes termos:

Constitui meio ambiente do trabalho o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.) (FIORILLO, p. 2011, p.77).

Por último, a tutela jurídica do patrimônio genético, aí compreendido não apenas as espécies vegetal, fúngico, microbiana ou animal, mas especialmente vinculados à pessoa humana, tem proteção constitucional, nos termos do artigo 225, § 1º, incisos II e V, c/c o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição (FIORILLO, 2011, p. 79-81).

### **3 DIREITO À CIDADE: BREVES CONSIDERAÇÕES**

Estudos apontam que o marco inaugural da cidade se deu no momento em que o desenvolvimento das forças produtivas foi suficiente, no campo, para permitir que o produtor primário produzisse mais que o necessário à sua subsistência e, assim, o campo pôde transferir à cidade o excedente alimentar que garante a sua existência (SINGER, 2018, p. 9).

No mesmo sentido, aponta Benevolo (2017, p. 23) que, no processo de evolução da humanidade, o surgimento da cidade se deu a partir do momento em que as indústrias e os serviços não são executados pelas pessoas que cultivavam a terra, mas por outras que não tinham essa obrigação e que eram mantidas pelas primeiras com o excedente produzido.

Garantida a sobrevivência do homem na cidade, o crescimento populacional urbano proporcionou o surgimento de supercidades, sendo que Nínive e Babilônia são tidas como as primeiras grandes cidades da história da humanidade; metrópoles de dimensões comparáveis às modernas e que durante longo tempo permaneceram como símbolo de toda grande concentração humana, com seus méritos e defeitos (BENEVOLO, 2017, p. 32).

A cidade pode ser compreendida a partir de vários enfoques. Para a sociologia urbana, a cidade é vista como “situação humana”, “uma organização geral da sociedade”, “centro de consumo de massa” ou “fábrica social”. A abordagem demográfica e quantitativa refere-se ao número de habitantes do núcleo urbano. O aspecto econômico analisa a cidade como conjunto de subsistemas administrativos, comerciais, industriais e socioculturais. Por fim, no aspecto jurídico-político, a cidade consiste em um núcleo urbano, sede do governo (ROCHA, 1999, p. 4-5).

Nessa toada, a cidade é oriunda de um processo histórico, ou seja, a cidade teve início num dado momento da evolução social, sendo certo que as alterações da vida cidadina permanecem até os dias atuais. Como bem demonstrado por Milaré (2013, p. 950):

a estruturação da vida cidadina processa-se a partir de necessidades humanas próprias da espécie, as quais levam a pessoa a buscar, na cidade, meios e condições de atender a essas necessidades.

A cidade é retratada como o espaço propício para o desenvolvimento de ideias e o engajamento de diferentes grupos sociais e, nesse sentido, pode-se afirmar a existência de um direito à cidade. Destaca Harvey (2014, p. 27-28) que a cidade é um dos direitos humanos mais caros, muito embora não receba a importância que lhe cabe.

Reinventar a cidade de acordo com os desejos mais profundos dos seus moradores é parte desse processo perene de luta pela conquista e manutenção do espaço urbano. A luta pelo direito à cidade equivale a reivindicar algum tipo de poder configurador sobre os processos de urbanização, sobre o modo como as cidades são feitas e refeitas, e pressupõe fazê-lo de maneira radical e fundamental (HARVEY, 2014, p. 30).

No mesmo sentido, Lefebvre (2011, p. 134) aduz que o direito à cidade é manifestado como forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar.

Para o direito interno, com o advento da Constituição de 1988, a cidade passa a ter natureza jurídica de bem ambiental, havendo uma estreita relação territorial e econômica, passível de tutela jurídica (AHMED, 2009, p. 18). Nessa esteira, a cidade reveste-se de importância para o indivíduo, garantindo a sua realização plena enquanto integrante de uma ordem comum. Atrai a proteção jurídica, podendo-se falar em um verdadeiro direito à cidade.

## 4 O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE NO CONTEXTO DAS CIDADES

A partir da Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente realizada em Estocolmo, em 1972, a qual resultou no Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, intensificaram-se os debates a nível mundial no trato das questões ambientais.

Em 1983, no âmbito da ONU, foi criada a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. A Comissão fora composta por diversos especialistas, sendo a primeira-ministra norueguesa Gro Harlem Brundtland designada para a presidência da Comissão. Os trabalhos encerraram-se em 1987, tendo o documento sido intitulado “Nosso Futuro Comum”<sup>5</sup>.

No Relatório Brundtland, como foi conhecido o documento elaborado pela comissão, destacou-se que desenvolvimento sustentável é aquele que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometimento da capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades.

O desenvolvimento sustentável ou sustentabilidade passa a ser o parâmetro a ser trilhado pela sociedade na luta pela garantia de condições de vida digna no planeta para as presentes e futuras gerações. No direito interno, a sustentabilidade tem raiz constitucional, pois quando o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 estabelece ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado “para as presentes e futuras” gerações, está dando o conteúdo essencial da sustentabilidade (SILVA, 2013, p. 28).

Aponta Derani (2008, p. 112) que a terminologia desenvolvimento sustentável trazida no Relatório Brundtland apresenta uma análise reflexiva:

O conteúdo da definição de desenvolvimento sustentável passa por uma relação intertemporal, ao vincular a atividade presente aos resultados que dela podem retirar as futuras gerações. As atividades que visam a uma vida melhor no presente não podem ser custeadas pela escassez a ser vivida no futuro.

Quando se fala em desenvolvimento, deve-se ter em mente que não se trata apenas do aspecto econômico, mas do conjunto de condições necessárias para a plena satisfação do homem, do seu bem-estar físico e psíquico, sem comprometimento da dignidade dos seres vivos em longo prazo. Nesse sentido, no

<sup>5</sup> Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em 15 jan. 2019.

campo terminológico, há preferência pela utilização do termo sustentabilidade, ao argumento de que esta deve condicionar o desenvolvimento e não o contrário. A sustentabilidade, sob o influxo do artigo 225 da Constituição, é qualificação constitucional do desenvolvimento, ou seja, o desenvolvimento que importa é aquele que se constitui reciprocamente com a sustentabilidade (FREITAS, 2012, p. 31, 48-49).

Nesse sentido, “se o desenvolvimento não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população em geral, ele não pode ser qualificado como *sustentável*” (SILVA, 2013, p. 28, grifo do autor).

A primeira aparição do termo sustentabilidade, em alemão *nachhaltigkeit*, ocorreu com a publicação do livro de Hans Carl Von Carlowitz, em 1714, o qual tinha por objeto a análise de “como a conservação e o cultivo de madeira podem ser geridos de modo a proporcionar o uso continuado, duradouro e sustentável” (BOSELMANN, 2015. p. 36).

No início do século XIX, a sustentabilidade era aceita como sinônimo de boas práticas florestais, sendo fundamental na legislação florestal daquele século, como o artigo 2º da Lei Florestal da Bavária de 28 de março de 1852, o qual destaca que “a gestão de florestas públicas tem de seguir a sustentabilidade como princípio supremo”. A problemática da sustentabilidade na fase pré-industrial diferencia-se dos dias atuais. As sociedades agrícolas organizavam-se em ciclos de recursos naturais. O risco de se perder toda a base de recursos não se verificava, em regra, ou quando isso ocorria, no caso das florestas da Europa, estratégias de gestão mais rígidas eram aprovadas. Para garantir a sobrevivência, a economia insustentável deveria ser detectada de forma rápida (BOSELMANN, 2015, p. 38-42).

Atualmente, em decorrência do mundo globalizado e industrializado, dado o nível de complexidade ambiental, social e econômico, não é possível falar em soluções rápidas. A sustentabilidade tornou-se algo distante. Nesse contexto, é de importância basilar o Relatório Brundtland, pois lançou para o debate público a sustentabilidade como promessa para salvar o planeta do colapso existencial, como destaca Bosselman (2015, p. 42).

O Relatório Brundtland espelhou a preocupação dos organismos internacionais e de pesquisadores em promoverem a defesa do meio ambiente, a fim de garantir a perpetuação da espécie humana em condições de vida digna. Nessa

esteira, a sustentabilidade pode ser definida como princípio constitucional, que deve pautar a conduta humana:

Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar (FREITAS, 2012, p. 41).

Defende-se, ainda, a multidimensionalidade do princípio da sustentabilidade, sendo indispensável a observância de todas as dimensões esboçadas para a concretude das finalidades constitucionais (FREITAS, 2012, p. 55-57).

A dimensão social estaria atrelada à satisfação dos direitos sociais, conhecidos como direitos de segunda geração, os quais demandam atuação positiva do Estado. A dimensão ética, por sua vez, visa à concretização do princípio da solidariedade e da dignidade, ao aduzir a ligação que deve se estabelecer entre os seres humanos e para além do bem-estar individual, deve-se buscar a sua universalização real e efetiva. A dimensão ambiental ou ecológica da sustentabilidade, em apertada síntese, refere-se à impossibilidade de se ter qualidade de vida e longevidade em um ambiente degradado, na exata medida do que dispõe o artigo 225, *caput*, da Constituição Federal. No aspecto econômico da sustentabilidade, é indispensável o balizamento entre custos e benefícios dos empreendimentos, a observância ao princípio constitucional da economicidade, tal como disposto no artigo 170 da Constituição Federal e a escorreita regulação do mercado (FREITAS, 2012, p. 58-67).

Na vertente jurídico-política,

a sustentabilidade determina, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro e, assim, apresenta-se como dever constitucional de proteger a liberdade de cada indivíduo (titular de cidadania ambiental ou ecológica), nesse status, no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo intertemporal dos direitos e deveres fundamentais das gerações presentes e futuras, sempre que viável diretamente (FREITAS, 2012, p. 67).

Na mesma linha reflexiva, Sachs (2008, p. 15-16) destaque que o desenvolvimento sustentável apresenta cinco pilares. O pilar social revela-se como a própria finalidade do desenvolvimento. Enfatiza a probabilidade de colapso so-

cial que paira de forma ameaçadora sobre lugares problemáticos do planeta. No aspecto ambiental, é subdividido em duas dimensões: os sistemas de sustentação da vida como provedores de recursos e como “recipientes” para a disposição de resíduos. A equilibrada distribuição espacial dos recursos, das populações e atividades, dá azo ao pilar territorial. A viabilidade econômica como *conditio sine qua non* para que as coisas aconteçam. Por fim, o pilar político, no qual a gestão democrática atue como instrumento necessário para a reconciliação do desenvolvimento com a conservação da biodiversidade.

Não obstante, mesmo após décadas desde a elaboração do Relatório Brundtland, constata-se que ainda não foi possível pôr em prática pelos Estados todas as medidas insertas no relatório para a efetividade da sustentabilidade. Avanços e retrocessos permeiam discursos acalorados quanto se trata da temática ambiental. Muito embora o relatório não tenha força vinculante, eis que não tem natureza jurídica de tratado internacional e, portanto, não gera obrigações para os Estados, certo é que trata-se de importante instrumento para a proteção ambiental.

Tendo em vista a importância do Relatório Brundtland e a necessidade de continuidade das ações ambientais, realizou-se a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente realizada no Rio de Janeiro em 1992, conhecida como Cúpula da Terra ou Eco-92. A conferência resultou em dois importantes documentos. O primeiro documento é a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a qual contém 27 princípios e tem por objetivo estabelecer um novo modelo de desenvolvimento, com suporte na utilização sustentável dos recursos ambientais, no respeito à capacidade planetária de absorção dos resíduos e de efluentes líquidos e gasosos poluentes e, ainda, na valorização da qualidade ambiental como requisito à qualidade de vida. O segundo documento é a Agenda 21. Trata-se de instrumento de ação não vinculante, a ser implementado pelos governos, pelas agências de desenvolvimento, pelas Organizações das Nações Unidas e por grupo setoriais independentes, baseado em outros documentos, como o próprio Relatório Brundtland (MILARÉ, 2013, p. 1554).

Destaque ainda para o documento intitulado Carta da Terra, elaborado no ano 2000. O instrumento é uma declaração de princípios para a construção de uma sociedade global no século XXI, tendo como um dos pilares a sustentabilidade. Para Boff (2015, p. 13), a Carta da Terra

representa um chamamento sério acerca dos riscos que pesam sobre a humanidade. Ao mesmo tempo enuncia, cheia de esperança, valores e princípios a serem compartilhados por todos, capazes de abrir um novo futuro para a nossa convivência neste pequeno e ameaçado planeta.

Em continuidade à Eco-92, a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada em 2002, em Joanesburgo, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, Rio+20, também realizada no Rio de Janeiro, em 2012, e a Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, ocorrida em 2015, em Nova York, são alguns exemplos de que os debates, no plano global, atinentes às questões ambientais permanecem em voga, culminando na elaboração de documentos que estabelecem diretrizes para as ações estatais, organizações não governamentais e a sociedade na busca por uma sociedade mais justa, igualitária e sustentável.

A sustentabilidade, ou o desenvolvimento sustentável, é um dever ético a ser perseguido, o qual norteia toda a atividade humana, pautando-se, sobretudo, pela observância aos direitos fundamentais. No atual estágio da humanidade, a análise do movimento de urbanização, no contexto das cidades, prescinde do estudo da sustentabilidade, uma vez que este irradia efeitos para todo o sistema jurídico.

## **5 O PARADIGMA DAS CIDADES SUSTENTÁVEIS**

A cidade está diretamente relacionada à categoria de meio ambiente artificial, com base na classificação defendida por Fiorillo (2011, p. 73-81). No plano infraconstitucional, a Lei n. 10.257/2001, denominada “Estatuto da Cidade”, regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, e estabeleceu as diretrizes da política urbana, a qual tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, por intermédio de diversas diretrizes.

Cidade sustentável é anunciada como a primeira diretriz da política urbana. No artigo 2º, inciso I, o legislador dispõe que cidade sustentável compreende o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura

urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações<sup>6</sup>.

Para a qualidade de vida no meio urbano, é imprescindível que sejam efetivados todos os elementos enumerados no estatuto da cidade, ou seja, terra urbana, moradia, saneamento ambiental, infraestrutura urbana, transporte, serviços públicos, trabalho e lazer. E não é só, pois a qualidade de vida dos habitantes é para o presente, mas também para o futuro, em consonância com o princípio do desenvolvimento sustentável. Assim, o paradigma de cidade a ser alcançado pelo poder público e pela coletividade é a cidade sustentável, temática também discutida na seara internacional.

A Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável ocorrida em 2015, em Nova York, resultou na elaboração do documento denominado Agenda 2030. A agenda baseou-se nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio estabelecidos no ano 2000 e que incluíam oito objetivos de combate à pobreza a serem alcançados até o final de 2015. A agenda reflete, ainda, os novos desafios de desenvolvimento e está ligada ao resultado da Rio+20, Conferência da ONU sobre Desenvolvimento Sustentável realizada em junho de 2012, no Rio de Janeiro, além dos demais documentos produzidos no âmbito da ONU ao longo dos anos com substrato na sustentabilidade<sup>7</sup>.

A agenda 2030 é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade. Busca fortalecer a paz universal com mais liberdade. Reconhece que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, conforme anunciado no seu preâmbulo<sup>8</sup>.

No documento, há a indicação de 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, e 169 metas a serem alcançados até aquela data. O 11º objetivo tem por temática “Cidades e Comunidades Sustentáveis”: tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis<sup>9</sup>.

Garantia de acesso à habitação segura e adequada, saneamento básico, mobilidade urbana, defesa do patrimônio cultural e natural, gestão de resíduos sólidos, qualidade do ar etc., estão incluídos nas metas do 11º objetivo. A au-

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/leis\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/leis_2001/L10257.htm)>. Acesso em 15 jan. 2019.

<sup>7</sup> Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>. Acesso em 20 abr. 2019.

<sup>8</sup> Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 20 abr. 2019.

<sup>9</sup> Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 20 abr. 2019.

sência dessas condições impacta no equilíbrio do meio ambiente e, por consequência, no bem-estar físico e psíquico, em descompasso com o princípio da sustentabilidade<sup>10</sup>.

A preocupação com as cidades é justificada em razão do rápido crescimento populacional nas áreas urbanas. Dados da ONU apontam que, em 1950, 30% da população mundial residia nas cidades. Em 2018, esse número atingiu 55%. Para 2050, a expectativa é de que esse percentual seja de 68% da população<sup>11</sup>.

Certo é que há uma consonância entre cidade sustentável e a satisfação das necessidades básicas do homem como integrante do meio em que vive. Nesse contexto, o Estatuto da Cidade traz balizas para o incremento de políticas públicas, parâmetros de atuação na iniciativa privada, além da participação da sociedade, a fim de se alcançarem cidades sustentáveis.

## 6 DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL

Para a consecução dos objetivos elencados na agenda 2030 da ONU, consignou-se a imprescindibilidade da união de esforços em uma parceria global revitalizada. A ideia é desenvolver uma parceria de trabalho em um espírito de solidariedade global, em especial, a solidariedade com os mais pobres e com as pessoas em situações vulneráveis, reunindo governos, setor privado, sociedade civil, o Sistema das Nações Unidas e outros atores e mobilizando todos os recursos disponíveis<sup>12</sup>.

Ao mesmo tempo em que se busca uma parceria global para a implementação dos objetivos da agenda, não se ignora que cada país permanece sendo o principal responsável pelo seu próprio desenvolvimento econômico e social<sup>13</sup>. Vale ressaltar que as finanças públicas, tanto nacionais como internacionais, desempenham papel vital na prestação de serviços essenciais e bens públicos, conforme destacado pela agenda 2030, sendo um dos meios para o atingimento dos objetivos de desenvolvimento sustentável<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 20 abr. 2019.

<sup>11</sup> Disponível em: <https://population.un.org/wup/Publications/Files/WUP2018-KeyFacts.pdf>. Acesso em 21 abr. 2019.

<sup>12</sup> Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 20 abr. 2019.

<sup>13</sup> Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 20 abr. 2019.

<sup>14</sup> Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 20 abr. 2019.

O papel do Estado na consecução de cidades sustentáveis depende da elaboração de políticas públicas, que se consubstanciam na destinação de moradia adequada, saneamento ambiental, infraestrutura, gestão adequada dos resíduos sólidos, mobilidade urbana etc., e implicam o aporte de recursos financeiros.

A ineficiência dos gastos públicos decorrentes de fatores como falta de planejamento, má gestão e corrupção, esta última materializada pela dilapidação do erário, protraem a execução de políticas públicas e acarretam perdas irreparáveis à sociedade. Estudos revelam que no Brasil, em razão do elevado índice de corrupção, parcela significativa das verbas públicas tem destinação diversa da prevista em lei, ou seja, são desviadas em decorrência do fenômeno da corrupção<sup>15</sup>.

Em 2018, o Índice de Percepção da Corrupção, elaborado pela organização Transparência Internacional<sup>16</sup>, aponta que o Brasil está na 105ª posição de um total de 180 países pesquisados, o que reflete o alto índice de corrupção no setor público<sup>17</sup>. Como exemplo dos efeitos danosos da corrupção, a operação Lava Jato, conhecida no cenário nacional e internacional, desvendou escândalo de corrupção envolvendo a classe política brasileira e revelou desvios de recursos públicos que se estima na casa de bilhões de reais em prejuízo à coletividade e, portanto, à concretização dos direitos fundamentais<sup>18</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mundo globalizado, marcado pelo consumo excessivo, é premente a preservação do meio ambiente, dada a escassez desse bem e o comprometimento da vida no planeta. Nesse norte, a sustentabilidade está no centro dos debates globais. Os organismos internacionais passaram a discutir mecanismos para constrangerem os Estados na busca por práticas ambientais calcadas na responsabilidade compartilhada entre os povos.

<sup>15</sup> Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano/>. Acesso em 2 fev. 2019.

<sup>16</sup> A Transparência Internacional foi fundada em 1983 por Peter Eigen e outros colaboradores e tem como suporte a experiência profissional de Peter no Banco Mundial, eis que o impacto negativo da corrupção em relação aos projetos financiados pelo banco, resultava em perdas para a sociedade. Atualmente a Transparência Internacional é responsável pela divulgação anual de indicadores sobre o grau da corrupção nos países, como o Índice de Percepção da Corrupção e o Barômetro Global da Corrupção, sendo referência na luta e nos estudos sobre a corrupção no plano global. Disponível em: [https://www.transparency.org/whoweare/organisation/faqs\\_on\\_transparency\\_international](https://www.transparency.org/whoweare/organisation/faqs_on_transparency_international). Acesso em 2 fev. 2019.

<sup>17</sup> Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2018/>. Acesso em 2 fev. 2019.

<sup>18</sup> Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato>. Acesso em 2 fev. 2019.

Para a qualidade de vida na cidade, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, materializada pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, há que se ter garantido e, principalmente, implementado, todos os elementos enumerados no estatuto da cidade, ou seja, terra urbana, moradia, saneamento ambiental, infraestrutura urbana, transporte, serviços públicos, trabalho e lazer, a fim de conferir ao espaço territorial habitado as condições necessárias para uma vida digna.

Não obstante, a ineficiência dos gastos públicos decorrentes de fatores como falta de planejamento, má gestão e corrupção, impedem a execução de políticas públicas, em especial na seara ambiental, e acarretam danos irreparáveis à sociedade. O combate à ineficiência estatal é um dos caminhos a ser trilhado, a fim de assegurar a concretização do direito fundamental à cidade sustentável, pois tornar uma cidade mais agradável aos seus habitantes garante qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

## REFERÊNCIAS

AHMED, Flávio. A cultura e o lazer na perspectiva da sustentabilidade das cidades. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo (Org.). **Cidades sustentáveis no Brasil e sua tutela jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

BENEVOLO, Leonardo. **História da cidade**. 6. ed. reimpr. Tradução de Silvia Mazza. São Paulo: Perspectiva, 2017.

BOSELNANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e

dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/leis\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/leis_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2019.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HARVEY, David. **Cidades Rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana.** Tradução de Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade.** Tradução de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente.** 8. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PORTAL DA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DE SÃO PAULO. **O custo da corrupção no Brasil chega a R\$ 69 bi por ano.** São Paulo. 15 de maio de 2010. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano/>. Acesso em: 2 fev. 2019.

PORTAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **World Urbanization Prospects: The 2018 Revision.** Disponível em: <https://population.un.org/wup/Publications/Files/WUP2018-KeyFacts.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2019.

PORTAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Agenda 2030.** Brasília. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/> Acesso em: 20 abr. 2019.

PORTAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **A ONU e o meio ambiente.** Brasília. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/> Acesso em: 15 jan. 2019.

PORTAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **17 objetivos para transformar nosso mundo.** Brasília. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/> Acesso em: 20 abr. 2019.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Corruption perceptions index 2018.** Berlim. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2018>. Acesso em: 2 fev. 2019.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Faqs on transparency international.** Berlim. Disponível em: [https://www.transparency.org/whoweare/organisation/faqs\\_on\\_transparency\\_international](https://www.transparency.org/whoweare/organisation/faqs_on_transparency_international). Acesso em: 2 fev. 2019.

PORTAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010:** população do Brasil é de 190.732.694 pessoas. Brasília, 29 de nov. 2010. Disponível em: Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&idnoticia=1766&t=censo-2010-populacao-brasil-190-732-694-pessoas&view=noticia>. Acesso em: 15 jan. 2019.

PORTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Grandes Casos.** Brasília. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato>. Acesso em: 2 fev. 2019.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Função ambiental da cidade:** direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SINGER, PAUL. **Economia política da urbanização**. 3. ed. 1. reimpr. São Paulo: Contexto, 2018.

# COMO A UTILIZAÇÃO DO BLOCKCHAIN PODE AFETAR INSTITUTOS JURÍDICOS TRADICIONAIS?

HOW DOES THE USE OF THE BLOCKCHAIN AFFECT TRADITIONAL  
LEGAL INSTITUTES?

**José Luiz de Moura Faleiros Júnior**

*Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU)  
Advogado*

**Gabriela Roth**

*Especialista em Direito Contratual, Responsabilidade Civil e Direito  
Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
(PUC-RS)  
Advogada*

**Resumo:** A tecnologia denominada *blockchain* surge com o potencial de ressignificar diversos institutos jurídicos, notadamente em função da aceleração das relações jurídicas na sociedade da informação. Com isso, exige-se do operador do direito o papel de repensar o cabimento de institutos já delimitados na legislação e que compõem o ordenamento, como os contratos e a propriedade intelectual, para dar solução jurídica a essas novas contingências. Nesse diapasão, o problema investigado parte da necessidade de se inquirir os riscos e perspectivas da utilização da tecnologia *blockchain* na ampliação do escopo de determinados institutos jurídicos, sinalizando as inquietações concernentes a essa nova disciplina; por sua vez, a hipótese de pesquisa encontra justificativa na necessidade de que sejam estabelecidas diretrizes sólidas para a implementação deste novo modal tecnológico, notadamente com o objetivo de prevenir demandas e responsabilidades. A pesquisa utilizará o método de abordagem indutivo, investigando nuances conceituas da tecnologia *blockchain* desde logo, sempre com lastro em análise bibliográfico-doutrinária para, em sentido progressivo-ampliativo, identificar alguns institutos jurídicos afetados por sua implementação, com recidiva ponderação de riscos e benefícios. Ao final, serão apresentadas as considerações finais, das quais se procurará extrair uma compreensão mais assertiva quanto à problemática explicitada.

**Palavras-chave:** *Blockchain*. Contratos inteligentes. Propriedade intelectual.

**Abstract:** The so-called blockchain technology has the potential to re-signify several legal institutes, notably as a result of the acceleration of legal relations in the society of information. Thus, the role of law operators is to rethink the adequacy of institutes already defined in the legislation and that make up the legal system, such as contracts and intellectual property, to provide a legal solution to these new contingencies. In this context, the investigation of this problem is based on the need to assess the risks and perceptions of the use of blockchain technology in the scope of the expansion of certain legal institutes, signaling the concerns regarding this new discipline; in turn, the research hypothesis is justified by the need to establish solid guidelines for the implementation of this new technological modal, notably with the aim of preventing demands and responsibilities. The research will use the inductive approach method, grounding itself on bibliographical-doctrinal analyses to investigate conceptual nuances of the blockchain technology and, in a progressive-amplifying sense, identify some legal institutes affected by its implementation, with the recurrent consideration of risks and benefits. At the end, the final considerations will be presented, from which an attempt to extract a more assertive understanding of the exposed problem will be made.

**Keywords:** Blockchain. Smart contracts. Intellectual property.

Enviado em: 19-02-2019

Aceito em: 08-05-2019

## INTRODUÇÃO

O surgimento da Internet se deu no curso do século XX, com propulsão notável a partir da eclosão do fenômeno globalizatório, em que as corporações adquiriram integração dinâmica em inúmeras transações internacionais às quais se acresceu destacada ingerência computacional e sensível facilitação do acesso dos cidadãos ao ambiente virtual.

Nesse novo contexto, observou-se incremento incessante na captação de informações, estruturadas ou não, que viabilizaram a configuração daquilo que se convencionou chamar de *big data*. Todavia, a grande inquietação com a qual a hodierna sociedade da informação recorrentemente se depara diz respeito aos impactos sociais gerados pelos fluxos relacionados à vasta quantidade de dados, ao tratamento dispensado pelas grandes corporações às informações e à celeridade com que novas tecnologias se inserem no cotidiano individual, demandando intervenções estatais para regulamentar determinadas relações jurídicas e proteger direitos fundamentais.

Com base nessa premissa, várias inovações tecnológicas capazes de gerar impacto social acabam por irradiar efeitos sobre inúmeros institutos jurídicos tradicionais, propiciando uma releitura de diversos conceitos que, logo, se reconfiguram à luz de novas inter-relações sociais permeadas pela dicotomia entre sua aplicação no mundo físico e no mundo virtual.

À toda evidência, o chamado 'direito digital' adquiriu o papel de reunir diversos temas dos mais diversos ramos do direito, com o desafio de sistematizar sua aplicação e viabilizar a resolução de inúmeros problemas contemporâneos. Fala-se em uma "nova era" da tecnologia e, diante disso, rapidamente se questiona acerca do papel da Internet como principal força-motriz revolucionária do cenário atual dessas novas tecnologias. E, mais recentemente, o *blockchain* vem granjeando olhares e curiosidades quanto a seus impactos sobre diversos institutos jurídicos.

Nesse diapasão, o problema investigado parte da necessidade de se inquirir os riscos e perspectivas da utilização da tecnologia *blockchain* na ampliação do escopo de determinados institutos jurídicos, sinalizando as inquietações concernentes a essa nova disciplina; por sua vez, a hipótese de pesquisa encontra justificativa na necessidade de que sejam estabelecidas diretrizes sólidas para a

implementação desse novo modal tecnológico, notadamente com o objetivo de prevenir demandas e responsabilidades.

A pesquisa utilizará o método de abordagem indutivo, investigando nuances conceituais da tecnologia *blockchain* desde logo, sempre com lastro em análise bibliográfico-doutrinária para, em sentido progressivo-ampliativo, identificar alguns institutos jurídicos afetados por sua implementação, com recidiva ponderação de riscos e benefícios. Ao final, serão apresentadas as considerações finais, das quais se procurará extrair uma compreensão mais assertiva quanto à problemática explicitada.

## 1 O QUE É *BLOCKCHAIN*?

A atual sociedade da informação, conceituada nos escritos de Jan van Dijk (2006, p. 253-254) e Manuel Castells (2010, p. 469), é marcada pela onipresença informacional, que propicia uma reconfiguração constante das estruturas de poder:

Conhecimento é poder. O escrutínio de outros, evitando o próprio escrutínio, é uma das formas mais importantes de poder. As empresas buscam detalhes íntimos da vida dos potenciais clientes e funcionários, mas fornecem aos reguladores o mínimo de informação possível sobre suas próprias estatísticas e procedimentos. As empresas de Internet coletam cada vez mais dados sobre seus usuários, mas combatem regulamentações que permitem que esses mesmos usuários exerçam algum controle sobre os dossiês digitais resultantes. (PASQUALE, 2015, p. 4).<sup>1</sup>

Essa configuração social, na qual a busca pela inovação incessante impõe uma preocupação vigilante – particularmente do Estado –, se traduz em desenlaces regulatórios cada vez mais intensos e que visam ao equacionamento de contingências reiteradas e à formulação de leis especificamente voltadas à tutela das interações geradas por essas novas tecnologias. Fala-se, em rememoração à conhecida expressão cunhada por Lawrence Lessig (2006, p. 214), em uma *Lex Informatica* contraposta ao recrudescimento do poderio técnico-informacional dos “impérios da comunicação”, relatados por Tim Wu (2010, p. 255-257).

<sup>1</sup> Tradução livre para o original: Knowledge is power. To scrutinize others while avoiding scrutiny oneself is one of the most important forms of power. Firms seek out intimate details of potential customers' and employees' lives, but give regulators as little information as they possibly can about their own statistics and procedures. Internet companies collect more and more data on their users but fight regulations that would let those same users exercise some control over the resulting digital dossiers. (PASQUALE, 2015, p. 4).

É importante destacar que Lessig (2006, p. 123) indica a existência de quatro “modais de regulação comportamental”: normas e ética, mercado, arquitetura e o direito. Isso reflete a imperatividade do aprofundamento de estudos em torno de novas tecnologias que revolvam à delimitação de amplo poderio de quem domina a arquitetura (ou seja, quem efetivamente programa determinado sistema) para que políticas de governança e garantias de integridade e da segurança das operações sejam híidas, especialmente em cenários como informações concernentes à saúde, ao comércio eletrônico, a provedores de conexão, à mineração de dados e ao compartilhamento de dados relacionados à segurança nacional – apenas para citar alguns.

Em meio a isso, é preciso revisitar inúmeros conceitos jurídicos, uma vez que “as considerações sobre os riscos provenientes do uso da informática conduzem ao reconhecimento de um direito à autodeterminação informática ou à privacidade informática” (PAESANI, 2008, p. 36). Nesse sentido, sempre se busca enxergar a próxima curva do mundo tecnológico, impondo-se o aprimoramento das relações jurídicas permeadas pelas novas tecnologias:

[...] os fatos impossíveis de nosso tempo estão apenas começando. Novas formas de colaboração e interação nos esperam, cujo esboço, talvez, possa ser percebido pelo fato de que os telefones com conexão à internet cada vez mais facilmente encontrados em nossos bolsos são mais poderosos do que a maioria dos computadores de dez anos atrás. Daqui a uma década, bilhões de pessoas terão fácil acesso a dados restritos apenas aos governos vinte anos atrás. [...] (CHATFIELD, 2012, p. 11).

A perspectiva do mundo atual é a utilização não apenas das ferramentas como meios, mas das ferramentas como fins (CHATFIELD, 2012, p. 14). E o que significa dizer sim ou não a essas novas ferramentas? Será que criar apenas uma nova aplicação pode representar “inovação” ou apenas ter o reconhecimento dos nossos pares pode representar uma inovação tecnológica?

David Sax é enfático ao destacar o papel que as tecnologias exercem na alteração de paradigmas aos quais se acresce o anseio da sociedade pela facilitação do acesso à informação, de forma barata e eficiente:

Todo dia vemos que algo foi melhorado, alterado ou abalado pela tecnologia digital: nossos carros, nossas casas, nossos empregos, nossa vida sexual. Na narrativa limpa e ordeira do progresso tecnológico, a tecnologia mais recente sempre torna a anterior obsoleta. Evoluímos da música ao vivo para ouvir cilindros de cera, depois

discos de vinil, fitas cassete, CDs, *downloads* de MP3 e agora serviços de *streaming* sem fio. [...] Até recentemente, se algo pudesse ser digitalizado, seu destino já estava decidido. [...] Hoje, a solução digital é quase sempre o padrão: a ferramenta mais eficiente, mais amplamente usada, mais barata e óbvia para se fazer qualquer serviço. (SAX, 2017, p. 16-17).

Se o século XX foi marcado pelo incremento da técnica e pela necessidade de se desenvolverem freios para dosar a alta capacidade de produção dos *chips*, propulsionada graças à denominada “Lei de Moore”, que deu ensejo, dentre outros institutos, à chamada obsolescência programada (KEEN, 2018, p. 11), é preciso lembrar que Bill Gates, Nathan Myhrvold e Peter Rinearson (1995, p. 145-173), em sua obra “A estrada do futuro”, já sustentavam a relevância da função que a Internet desempenharia no Século XXI, ainda que, durante a década de 1990, a movimentação de dados fosse relativamente singela, com poucas imagens, textos e gráficos intercambiados em um sistema ainda rudimentar e pouco interligado.

Em tal momento da história humana, surgem as *distributed ledger technologies*, das quais Dirk Zetsche, Ross Buckley e Douglas Arner (2017, p. 2-4) elegem o *blockchain* como uma das mais promissoras e entusiasmantes inovações hodiernas, haja vista as vantagens que pode trazer. Mas o que é o *blockchain*?

Confira-se a conceituação de Mafalda Miranda Barbosa (2019, p. 210).

O *blockchain* é, como o nome indica, uma lista de blocos (registros) que cresce continuamente. Estes blocos são registados e ligados entre si através do uso da criptografia, viabilizando uma rede *peer-to-peer*, baseada numa tecnologia descentralizada. Dito de outro modo, o *blockchain* é uma tecnologia descentralizada (*distributed ledger*), na qual as transações são registadas anonimamente. O *blockchain* é, então, um livro de registros (*ledger*), no qual se inscreve anonimamente informação, que é multiplicada ao longo de um ambiente digital (*network*), que liga os computadores de todos os participantes (*nodes*), e é regularmente atualizada, de tal modo que cada um que participe nesse *network* pode confiar que partilha os mesmos dados que o *ledger*, sem necessidade de um terceiro centralizado a validar.

Para esmiuçar ainda mais essa tecnologia, parte-se do princípio de como as relações eram feitas e ainda são feitas a partir dela. O exemplo clássico é o da transação bancária realizada nos dias de hoje. Imagine-se que um determinado indivíduo deseje remeter um valor ‘x’ a um amigo. O primeiro passo a tomar

em relação a este pleito será a verificação de seu saldo em conta bancária. Posteriormente, informa-se ao seu banco o intuito de se transferir o referido valor para a conta do amigo. Por sua vez, o banco faz todas as verificações necessárias e, caso a transação seja aprovada, escreve, em seu livro-caixa central, a nova entrada. Ato final é a atualização que o banco faz, subtraindo o valor 'x' da conta do indivíduo e adicionando-o à conta do amigo.

Essa operação singela, contudo, pode trazer percalços. Imagine-se que o sistema eletrônico do banco pode transferir esse valor erroneamente para a conta de um desconhecido, seja por sofrer ataques para gerar transações falsas ou alterar valores das contas, seja por uma falha sistêmica.

A tecnologia *blockchain* propõe uma maneira de eliminar esse livro-caixa central do banco, eliminando erros técnicos como o citado neste breve exemplo. Mais do que isso, tal tecnologia tem potencial de acabar de vez com a necessidade de um centralizador ou intermediador para realizar tais transações. Mas a pergunta que remanesce é: De que forma?

Segundo Don e Alex Tapscott, é por um protocolo que se torna viável distribuir um conjunto de regras para a descentralização:

[...] Esse protocolo estabeleceu um conjunto de regras – na forma de cálculos distribuídos – que asseguram a integridade dos dados trocados entre esses bilhões de dispositivos sem passar por uma terceira parte confiável. Esse ato, aparentemente sutil, detonou uma faísca que tem animado, aterrorizado ou, de alguma forma, capturado a imaginação do mundo da computação e se espalhada como fogo entre as empresas, os governos, os defensores da privacidade, os ativistas de desenvolvimento social, os teóricos da mídia e jornalistas, para citar alguns, em toda parte. [...] (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016, p. 35)“

Arvind Narayanan *et al.* (2016, p. 10) explicam que, na ocorrência de uma transação digital como a que foi mencionada no exemplo anterior, ela é integrada a uma cadeia de outras transações que formam um bloco protegido por criptografia e o enviam para toda a rede. Porém, sua agregação somente ocorre se os *nodes* (isto é, os membros da *network* do *blockchain* respectivo) determinarem consensualmente, por operações eletrônicas, que determinado bloco está apto a isto. Essa aferição de aptidão incumbe aos utilizadores (*miner nodes*), que a fazem por meio de algoritmos em um sistema eletrônico de audições (*bids*) que premia aquele que, por primeiro, constata a hígidez do bloco. Feita a verificação,

ocorre a formação do bloco, que é imutável no contexto da cadeia de transações informacionais e, nele, pode ser encontrado o histórico de toda e qualquer transação realizada na cadeia do *blockchain* – daí sua segurança.

A criação do chamado *bitcoin* (uma criptomoeda) é atribuída ao pseudônimo que se autodenomina “Satoshi Nakamoto”, não se confundindo, porém, com o conceito de criptomoeda – mais abrangente – e que contempla outras espécies, como Cardano, Litecoin, Stellar etc. Hoje, as criptomoedas são consideradas bens digitais (ou *digital assets*), integrando a esfera patrimonial de quem as adquire (ZAMPIER, 2017, p. 73-74).

Em 2008, Nakamoto descreveu um sistema que oferecia uma rede de pagamento com sua própria moeda nativa e usava um método sofisticado para os membros verificarem todas as transações, sem a necessidade de confiar em nenhum membro da rede. A moeda foi emitida a uma taxa pré-determinada para recompensar os membros que gastaram seu poder de processamento na verificação das transações, proporcionando assim uma recompensa pelo seu trabalho. (AMMOUS, 2018, p. XV).

A título de ilustração, registra-se que a demanda por poder computacional para a realização dessas operações é compartilhada pelos *miners* (utilizadores/mineradores), e as compensações que recebem pelo êxito na validação são as criptomoedas. Noutros termos, a prática da mineração também é um mecanismo usado para introduzir novas criptomoedas no sistema: os *miners* recebem taxas e um subsídio de novas moedas criadas, que podem ser os famosos *bitcoins* ou outras espécies. O propósito é disseminar novas moedas de uma maneira descentralizada e motivar da redundância cíclica de segurança ao sistema *blockchain*. (BARBER *et al*, 2012, p. 409-411).

É natural que toda oferta de novas criptomoedas tenha uma oferta inicial para alimentar o sistema. E, para avaliar os riscos e o valor real de uma operação de *initial coin offering* (ICO), Percy Venegas (2017) propôs uma abordagem empírica baseada na análise de correlação da atividade de rede, e as pesquisas mais atuais mostram que o modelo mais utilizado se assemelha às práticas de alavancagem por *crowdfunding*. (MOLLICK, 2014, p. 8).

Por essa sistemática, transações econômicas, por exemplo, têm sido programadas para gravar praticamente tudo que é de valor e importância para a humanidade: certidões de nascimento e de óbito, certidões de casamento, ações

e títulos de propriedade, diplomas de ensino, contas bancárias, procedimentos médicos, créditos de seguros, votos, proveniência de alimentos e tudo o mais que possa ser expresso em código. (TAPSCOTT, 2016, p. 37).

Por ela, permite-se o registro digital, em tempo real, de quase tudo o que seja considerado uma informação digital. Como se viu, a transposição do mundo físico para o mundo virtual já é uma realidade inescapável. Mas, como o mundo jurídico será impactado?

## 2 QUAIS SETORES JURÍDICOS SERÃO IMPACTADOS?

A política legislativa brasileira, desde longínquo período, acolhe a ciência e a tecnologia como objetos de composição da ordem econômica e social. Noutros termos, desde 1934, alguma menção à ciência já se fazia visível a nível constitucional, ainda que embutida no contexto do tratamento conferido à educação.

De forma mais detalhada, pode-se dizer que as Constituições de 1934 (em seu artigo 148), de 1937 (artigo 128) e de 1946 (artigos 173 e 174) cuidaram da ciência a partir da afirmação da liberdade individual de se a produzir a pesquisa e o desenvolvimento.

A seu turno, a Constituição de 1967 (artigo 171), em seu texto original e na Emenda n. 1 de 1969 (artigo 179), seguiu na linha de afirmar a liberdade de iniciativa em matéria de ciência e (em sucintos dizeres) o dever de incentivo estatal à pesquisa científica e tecnológica.

Com a Constituição de 1988, porém, inaugurou-se o tratamento mais detalhado e parametrizado do incentivo à ciência e à tecnologia, destacadas em capítulo próprio, que corresponde aos artigos 218, 219, 219-A e 219-B, com respectivos parágrafos, tendo vários desses dispositivos sido inseridos ao corpo da Carta Magna pela reforma realizada pela Emenda Constitucional n. 85, de 2015.

Isso indica que a inovação passou a ser encarada como verdadeiro fator de convergência normativa, propulsionado por regulações como a Lei n. 10.973/2004, que estabeleceu mecanismos de estímulo à construção de “ambientes especializados e cooperativos de inovação”, que têm o objetivo precípuo de incentivar parcerias entre instituições públicas de pesquisa e a sociedade civil para o desenvolvimento de projetos e atividades de pesquisa e desenvolvimento, voltados à geração de produtos, processos e serviços inovadores, inclusive de abrangência internacional (art. 3º).

Merece menção, ainda, a Lei n. 13.243/2016, que alterou algumas de suas disposições, especialmente no tocante à participação das entidades da Administração Pública e do setor privado dedicadas à pesquisa científica e tecnológica ou ao desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos e ao inventor independente.

Tudo isso evidencia a delimitação de arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica, o que abre margem à inserção cada vez mais intensa de equipamentos tecnológicos na articulação e na interação de atores institucionais direta ou indiretamente ligados às políticas públicas interdisciplinares, que passam a demandar do Direito (e de seus operadores), inspirações cada vez mais matizadas por temáticas de outras áreas do saber – inclusive das ciências da tecnologia, com sinalização às seguintes nuances essenciais para essa reestruturação de institutos jurídicos específicos:

a) dão importância central à empresa, procurando estimulá-la a praticar atividades de pesquisa e desenvolvimento, produzir bens de maior valor agregado, elevar o nível de educação de seus trabalhadores e incentivar o empreendedorismo e processos avançados de gestão; b) em função da crescente complexidade científica dos processos de inovação, não descuidam do suporte a instituições e laboratórios de alta qualificação; c) foram capazes de definir desafios prioritários e em torno a eles criar instituições e programas especiais em que o sistema jurídico e os incentivos econômicos tiveram papel habilitador e estimulante; d) neles há intenso debate sobre o papel das universidades, que são estimuladas a contribuir ativamente com a política de inovação. A agenda acadêmica tem sua relevância econômica e social reconhecida e especialistas estrangeiros são frequentemente atraídos. Os sistemas de competição por recursos se tornaram mais sofisticados, assim como os sistemas de avaliação; e) tiveram, ao longo do tempo, políticas estáveis e duradouras de inovação, o que permitiu aprendizado, acúmulo e aperfeiçoamento institucionais com pouca ou nenhuma solução de continuidade; f) constroem, modificam e ajustam formas de cooperação e diálogo entre os setores público e privado para mobilizar empresários, pactos, fóruns, movimentos e alianças empresariais formulam agendas coesas em relação ao futuro; e g) neles o Estado desempenha, em suma, os papéis de “planejador”, “facilitador”, “articulador”, “estruturador” da cooperação do sistema científico e instituições de pesquisa com o setor privado. (BUCCI; COUTINHO, 2017, p. 327).

A partir disso, pensar na realidade jurídica conduz a uma importante reflexão acerca do tradicionalismo e do conservadorismo nela presente – o que contrasta ao imperativo da inovação e da adesão às novas tecnologias.

De acordo com Scocuglia (2018), apesar de já estar disponível há dez anos no mercado, a tecnologia *blockchain* apenas começou a ser debatida mais recentemente no campo jurídico. O que os especialistas apresentam é que essa tecnologia servirá como um aliado principalmente aos advogados. Isso porque otimizará o tempo desses profissionais nas burocracias rotineiras mais desnecessárias. Por conseguinte, a funcionalidade promete a descentralização como medida de segurança. Além disso, o questionamento da segurança jurídica está em xeque, visto que tal tecnologia evita a possibilidade de fraudes.

Nathaniel Popper (2015) descreve a ascensão global do uso de criptomoedas, alterando sobremaneira a forma com que transações financeiras são realizadas. Para tanto, especialistas afirmam que, mais que um instrumento, o *blockchain* será um suplemento à maneira jurídica de se conduzir processos, movimentando apenas o nível de como as informações serão geridas. (TAPSCOTT, 2016, p. 36-37).

Se a atuação dos *distributed technology ledgers* e tão diversificadas as utilizações deles obtidas, qualquer pleito de solução de um problema jurídico determinado enfrentará a complexidade de uma realidade inteiramente nova, o que, por si só, torna complexo o exercício de aprisionamento de tal realidade em esquemas decisório-conceituais apreendidos pela clássica dogmática jurídica.

## 2.1 A OPERACIONALIDADE INTER-RELACIONAL: OS CONTRATOS INTELIGENTES (SMART CONTRACTS)

O primeiro instituto a ser explorado é reputado tradicional exatamente por conferir segurança jurídica às inter-relações: são os contratos. Por meio deles, tem-se a ampliação da segurança inerente às obrigações pactuadas em determinado período de tempo e em determinada situação e sob condições adiantadamente estabelecidas. Mas como se faz para gerir uma segurança que mantém a obrigatoriedade para ambas as partes?

Newton De Lucca (2003, p. 94) enfatiza a ausência de vedação no ordenamento brasileiro à celebração de contratos eletrônicos – excetuados os negócios jurídicos para os quais a lei exige determinada forma solene. Porém, para todas as demais situações em que a simplificação seja imperativa, conquanto sejam respeitados os cânones constitucionais delimitados para a proteção das relações de consumo, da ordem econômica e dos direitos fundamentais, as relações civis

poderão ser repensadas a partir de determinados instrumentos tecnológicos. (MORAES, 1993, p. 26-28).

Significa dizer que o papel dos contratos deverá respeitar, necessariamente, os postulados jurídicos que, garantindo racionalidade ao sistema, amparam aspectos concernentes à qualidade do ser humano e à sua dignidade. (PERLINGIERI, 1997, p. 37).

É a partir disso que, no constitucionalismo social do século XX, conforme assevera Guilherme Martins (2016, p. 13), passam a ser protegidas algumas das novas perspectivas que inspirariam movimentos de incentivo e fomento à inovação, à interdisciplinaridade e – em última instância – à mudança do papel precípua do direito privado, que se tornaria verdadeiro guardião das aspirações individuais, evitando sua violação indistinta, mas com papel intervencionista restrito. (LORENZETTI, 1998, p. 544).

A partir dessa perspectiva, concebe-se a tecnologia *blockchain* como instrumento capaz de servir ao processo no qual se busca simplificar a operacionalidade das relações humanas, ao mesmo tempo em que as torna mais recrudescidas e confiáveis. Isso porque os “contratos inteligentes” podem ser criados e executados diretamente entre as partes, com menos envolvimento de um advogado, por exemplo. Essa possibilidade, portanto, otimizaria o tempo de todos os envolvidos, além de gerar maior segurança jurídica (ponto ressaltado anteriormente). Em vez de advogados ficarem encarregados do *iter* de estruturação do pacto, plataformas prontas para a gestão desses documentos estariam plenamente aptas a verificar as fases do acordo. Dessa forma, contratos chamados de “repetíveis” (como é o caso de contratos de honorários advocatícios, contratos de locação e compra e venda, para citar alguns) poderiam ser editáveis mediante esse instrumento.

Nesse contexto, tem-se os contratos inteligentes (*smart contracts*), como o Ethereum, marcados pela viabilidade de codificação de instrumentos contratuais em uma *blockchain* para torná-los autoexecutáveis, sem possibilidade de recurso ou reversão. Sobre isso, eis o conceito de Max Raskin (2017, p. 309-310, tradução livre):

Um contrato inteligente é um contrato cuja execução é automatizada. Esta execução automática é muitas vezes efetuada por meio de

um computador que executa o código que traduziu a prosa jurídica para um programa executável. Este programa tem controle sobre os objetos físicos ou digitais necessários para efetuar a execução. Exemplos são um carro que tem um programa instalado para evitar ignição se os termos de um contrato de financiamento não forem cumpridos ou *software* bancário que transfere dinheiro automaticamente se determinadas condições forem atendidas. Um contrato inteligente não depende do Estado para a execução, mas é uma forma de as partes contratantes garantirem o seu cumprimento.

Há grande preocupação com a utilização desses instrumentais pela falta de experiência dos redatores, uma vez que não se utiliza apenas do labor jurídico e do empenho de um advogado – entram em cena programadores com conhecimento de ponta e ampla experiência técnica para entender completamente as implicações de um contrato inteligente, e mesmo esses profissionais estão sujeitos a erros, tamanha a complexidade envolvida. (AMMOUS, 2018, p. 251-256).

O próprio autor exemplifica essa preocupação com o relato de um caso:

Tudo isso ficou evidente com a primeira implementação de contratos inteligentes na rede Ethereum, a Organização Autônoma Descentralizada (DAO). Depois que mais de US\$ 150 milhões foram investidos neste contrato inteligente, um invasor conseguiu executar o código de uma maneira que desviou cerca de um terço de todos os ativos do DAO para sua própria conta. Seria indiscutivelmente incorreto descrever esse ataque como um roubo, porque todos os depositantes aceitaram que seu dinheiro seria controlado pelo código e nada mais, e o invasor não tinha feito nada além de executar o código conforme foi aceito pelos depositantes. No rescaldo do *hack* do DAO, os desenvolvedores do Ethereum criaram uma nova versão do programa, em que esse erro inconveniente nunca ocorreu. Essa re-injeção de gestão humana subjetiva está em desacordo com o objetivo de transformar o código em lei e questiona toda a lógica dos contratos inteligentes. O Ethereum é o segundo maior *blockchain* após Bitcoin em termos de poder de processamento, e embora o *blockchain* Bitcoin não possa ser efetivamente revertido, o Ethereum pode ser revertido, o que significa que todos os *blockchains* menores que os do Bitcoin são bancos de dados efetivamente centralizados sob o controle de seus operadores. Acontece que o código não é realmente lei, porque os operadores desses contratos podem anular o que o contrato executa. Os contratos inteligentes não substituíram os tribunais pelo código, mas substituíram os tribunais por desenvolvedores de *software* com pouca experiência, conhecimento ou responsabilidade na arbitragem. Resta saber se os tribunais e os advogados permanecerão sem envolvimento, à medida que as ramificações desse tipo continuarem a ser exploradas. (AMMOUS, 2018, p. 255-256).

A principal diferença entre contratos redigidos de forma tradicional e os contratos inteligentes é a antecipação das relações jurídicas que, agora, se tor-

nariam automatizadas por meio de um sistema descentralizado e vinculado ao *blockchain*, com a observância de parâmetros de governança que permitam aferir riscos – não apenas técnicos, mas humanos – relacionados ao implemento de modais como os contratos inteligentes. (ANTONOPOULOS, 2017, p. 289-290).

Assim, o tempo e a intermediação se tornariam fatores escassos e, ao mesmo tempo, escaláveis, já que todo o processo é previsível. Conclui-se, por conseguinte, que esse é um meio sobre o qual os operadores jurídicos deverão se debruçar, haja vista a previsibilidade de aplicação.

## 2.2 A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Ter uma obra protegida e não gerar problemas judiciais futuros é a principal finalidade da propriedade intelectual. O grande problema que paira em torno disso na sociedade da informação é a dificuldade de se atestar sua autenticidade frente a outras criações disponíveis.

O estímulo à criação, a partir da manifestação intelectual, é refreado pela sobrecarga informacional que permite a qualquer indivíduo se expor a múltiplas manifestações criativas, de viés notadamente colaborativo, que estimulam a atuação conjunta em prol da geração de conteúdo, mas acirram riscos de plágio e desvirtuamento, a ponto de se falar no desenvolvimento, por exemplo, do *software* livre. (SOUZA, 2019, p. 607)

Yochai Benkler (2006, p. 180-186) analisa o papel da criatividade colaborativa na Internet dizendo que a construção de um ambiente institucional acaba por propiciar grande liberdade para que os usuários de uma plataforma (e o autor cita o exemplo da Wikipédia) possam permitir a livre fluência de seu poder criativo sem terem de se preocupar com a obtenção de complexas e burocráticas licenças – as quais visam à segurança do autor. A dualidade entre liberdade e segurança que a Internet acarreta conduz ao raciocínio pendular destacado por Zygmunt Bauman e Gustavo Dessal (2017, p. 16): “É por isso que a civilização é um negócio [...]: para conseguir algo dela, os seres humanos têm de renunciar a outra coisa”.

O procedimento formal de registro de marcas e patentes no Brasil, *verbi gratia*, por ser burocrático, muitas vezes não atende às necessidades do empreendedor que tem pressa no desenvolvimento de suas funções. Assim, apare-

ce o *blockchain* como divisor de águas quando o assunto é agilidade e segurança no registro de novas invenções. Porém, a pergunta que fica é: De que maneira essa tecnologia pode romper com o paradigma burocratizado desse tipo de procedimento?

Brigit Clark (2018, tradução livre) descreve alguns usos para tal tecnologia, se aplicada à propriedade intelectual:

Existem vários obstáculos potenciais à aplicação legal em larga escala (incluindo questões de leis e jurisdições vigentes, segurança de dados e preocupações com privacidade). Apesar disso, no contexto das indústrias pesadas em propriedade intelectual (PI), o *blockchain* e a tecnologia de contabilidade distribuída relacionada oferecem possibilidades óbvias de proteção e registro de PI e, evidentemente, seja no estágio de registro administrativo ou perante os tribunais. Ele também promete uma maneira econômica de acelerar esses processos. Os possíveis casos de uso incluem: evidência de autenticação de criador e proveniência, registro e compensação de direitos de propriedade intelectual; controle e rastreamento da distribuição de PIs não registradas; fornecimento de provas de genuíno e/ou primeiro uso no comércio e/ou demais transações; gerenciamento de direitos digitais (por exemplo, sites de música on-line); estabelecimento e determinação de cumprimento de acordos de PI, licenças ou redes de distribuição exclusivas através de contratos inteligentes; e transmissão de pagamentos em tempo real para criadores de PIs. O *blockchain* também pode ser usado para fins de autenticação e proveniência na detecção e/ou recuperação de produtos falsificados, roubados e importados paralelamente.

Protegendo a originalidade da obra pelo registro usualmente chamado de *timestamp*, o *blockchain* é uma ferramenta muito útil para o uso do tempo a favor do registro. Especialistas relatam que tal ocorrência é imutável e totalmente segura, visto que os lançamentos não podem ser modificados, uma vez que estejam registrados na plataforma.

Pela descentralização, portanto, garante-se um registro mais seguro do que aquele que é centralizado por meio de um órgão do governo oficial. Os questionamentos que persistem são: (a) será que haverá o reconhecimento das autoridades centrais quanto ao seu uso?; (b) será que, em um processo judicial, ao se trazer essa prova, ela terá a validade jurídica necessária? São tais perguntas que girarão em torno das preocupações dos operadores jurídicos futuros.

Outro setor de grande repercussão são os direitos de propriedade, que nada mais asseguram senão a titularidade do proprietário frente a um bem disponível. Normalmente divididos entre os direitos de uso, gozo e fruição, os

direitos de propriedade enfrentam uma quebra de paradigma em relação à segurança de seu registro. Como garantir que a posse e a propriedade pertencem à pessoa “x” e não à pessoa “y”? Por séculos, os cartórios e tabeliões (que possuem fé pública) foram os principais intermediários dessas relações jurídicas, das quais garantiam imutabilidade e segurança. Através das averbações, registros e grandes arquivos, todos esses papéis foram primordiais para o avanço de nossa sociedade. Mas a pergunta que fica é: E agora, será que o *blockchain* poderá ser um registro legítimo?

O registro de eventos voltados ao objetivo de atestar a titularidade de propriedade poderia solucionar uma parte desse problema. Outros, porém, aduzem que a documentação necessária deve estar disponível pela criação de aplicações capazes de gerenciar *links* que atestam sua autenticidade.

Todas essas possibilidades, portanto, exerceriam o papel que registradores e tabeliões desempenham há anos, ou seja, atestar e dar a segurança de que o proprietário “x” é dono do imóvel “y” e vice-versa (YAZBEK, 2018).

Obtempera-se que o desenvolvimento humano se manifesta não somente pelo conhecimento técnico, mas também pela vivência de novos instrumentos que propiciam a evolução da sociedade. E, mesmo com um caminho muitas vezes obscuro, percebe-se que é por esse rumo que o poder da transformação acontece. A realidade sempre implica novos desafios – o que não é diferente na comparação entre os mundos físico e virtual.

Assim, pensar como o mundo jurídico pode estar ligado a essa nova percepção faz parte do desafio:

[...] A natureza da tecnologia digital é tão diversificada quanto a própria natureza humana e pode representar diferentes papéis em nosso cotidiano: facilitador, biblioteca, amigo, sedutor, papéis em prisão. Em última instância, no entanto, todas essas telas mutantes são também espelhos, nos quais temos a oportunidade de enxergar nós mesmos e os outros como nunca antes foi possível. Ou, é claro, podemos desviar o olhar. [...] (CHATFIELD, 2012, p. 15).

Se as benesses propiciadas pela tecnologia a tornam parte essencial do convívio hodierno em sociedade, não se pode deixar de ter em conta o desafio que é enfrentado pelo direito para a solução a situações peculiarmente pontuais como esta. Isso na exata medida em que a propriedade, sob suas diferentes

facetas, adquire novos contornos relevantes para a completa elucidação de soluções jurídicas adequadas a cada caso concreto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dessa breve pesquisa, indicou-se como as ideias de Lessig sobre a criação de uma *Lex Informatica* tem seu fundamento essencial na necessidade de se delimitar quatro grandes meios de regência dos comportamentos e de normatização de condutas: a lei, enquanto conjunto normativo estatal; as normas sociais, que vão além dos usos e costumes e contemplam outras situações sociais contingenciais; o mercado, como meio de acesso a bens econômicos; e a arquitetura, baseada nos aspectos estruturais dos sistemas utilizados por essas corporações.

O 'domínio pela arquitetura' vislumbrado por Lessig perpassa pela necessidade de regulação para a prevenção de que grandes corporações, por dominarem a linguagem aplicada ao desenvolvimento de determinado sistema, se sobreponham ao próprio poder do Estado – algo extremamente perigoso se analisado do ponto de vista do *blockchain*, em especial, por seus usos aplicados aos contratos inteligentes (*smart contracts*). Essa mesma preocupação reverbera alertas aos possíveis usos do *blockchain* para a fiscalização do respeito à propriedade intelectual, especialmente no que diz respeito a violações à privacidade e à proteção de dados pessoais.

Dessarte, percebe-se que a instrumentalidade da tecnologia é um tema central a ser debatido para a reformulação do papel do direito na delimitação de novos *fronts* que lhe permitam continuar a garantir o desenvolvimento e a perpetuação das liberdades individuais em conciliação com os postulados protetivos destacados no texto – senão *pari passu* com os avanços tecnológicos, ao menos em bom ritmo.

Isso significa dizer que a pesquisa em comento, voltada à proposição de tema controverso – embora atual – e desafiador sob vários olhares, indubitavelmente atingiu seu desiderato no que diz respeito à fixação de algumas imposições pertinentes à revisitação de institutos jurídicos como os contratos inteligentes e os novos limites e freios aplicáveis ao estudo do direito de propriedade.

Em termos científicos, pode-se responder ao problema indicado com a invocação da hipótese de pesquisa, cuja justificativa é encontrada na necessidade

de que sejam estabelecidas diretrizes sólidas para a implementação desse novo modal tecnológico baseado na tecnologia *blockchain*, notadamente com o objetivo de prevenir demandas e responsabilidades. Assim, apurou-se o funcionamento técnico das cadeias de *blockchain*, constatando-se que, se forem hígdas e reiteradamente revisadas para que se evite a quebra da cadeia de informações, trarão confiabilidade às rotinas operacionais que desenvolvem, ao passo que o fato de se oferecer premiação em criptomoeda para aquele que, por primeiro, decifrar o código de validação, é fator que garante a redundância cíclica de revisão da integridade dos conteúdos lançados a cadeia – o que pode se traduzir em segurança jurídica.

A pesquisa se valeu do método indutivo, buscando traçar, desde o início, um conceito conciso da tecnologia *blockchain*, sempre com lastro em análise bibliográfico-doutrinária. E, em sentido progressivo-ampliativo, identificou-se alguns institutos jurídicos afetados por sua implementação, com recidiva ponderação de riscos e benefícios, que variarão conforme o escopo da atividade. E, embora não tenha sido possível abordar toda a casuística propugnada com a densidade que cada assunto propicia, foi possível confirmar a hipótese a partir da constatação de que diversos institutos jurídicos tradicionais merecem revisão investigativa para serem ressignificados à luz das hodiernas potencialidades dessa tecnologia.

Porém, há muito mais o que pesquisar, tamanha a quantidade de exemplos que se pode citar para a utilização de cadeias de *blockchain* voltadas à tentativa de tornar o sistema jurídico um ambiente hermético para situações como as investigadas.

Entretanto, a recorrência inventiva, impulsionada pela inovação – parte essencial do conteúdo programático da atual Constituição – trará novos produtos, novas aplicações para tecnologias já existentes e novas ideias capazes de ressignificar a aplicabilidade de vetustos institutos jurídicos, o que, ao revés da tentativa legiferante de tutelar todo e qualquer tipo de situação com impactos para o direito, exigirá verdadeiro esforço interpretativo do ordenamento para que não se permita a existência de lacunas a serem exploradas no interregno entre o surgimento de uma nova tecnologia e o implemento desta com o esperado amparo jurídico.

## REFERÊNCIAS

AMMOUS, Saifedean. **The bitcoin standard**: the decentralized alternative to central banking. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2018.

ANTONPOULOS, Andreas M. **Mastering bitcoin**: programming the open blockchain. Sebastopol: O'Reilly Media, 2017.

BARBER, Simon; BOYEN, Xavier; SHI, Elaine; UZUN, Ersin. Bitter to better — how to make bitcoin a better currency. **Financial Cryptography and Data Security**. Berkeley: Springer Publishing, v. 7397, p. 399-414, 2012. Disponível em: <https://stanford.io/1g2Ki2e>. Acesso em: 08 mai. 2019.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Blockchain e responsabilidade civil: inquietações em torno de uma realidade nova. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Coimbra, ano 1, v. 1, p. 206-244, jan. 2019.

BAUMAN, Zygmunt; DESSAL, Gustavo. **O retorno do pêndulo**: sobre a psicanálise e o futuro do mundo líquido. Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BENKLER, Yochai. There is no spoon. *In*: BALKIN, Jack M.; NOVECK, Beth Simone (Org.). **The state of play**: law, games and virtual worlds. Nova Iorque: NYU Press, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas. *In*: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Coord.). **Inovação no Brasil**: avanços e desafios jurídicos e institucionais. São Paulo: Blucher, 2017.

CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society**: information age. 2. ed. Oxford: Blackwell, 2010, v. 1.

CHATFIELD, Tom. **Como viver na era digital**. Tradução de Bruno Fiuza. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

CLARK, Brigit. Blockchain and IP Law: A Match made in Crypto Heaven? **WIPO Magazine**. fev. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2AQN74B>. Acesso em 09 mai. 2019.

DE LUCCA, Newton. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GATES, Bill; MYHRVOLD, Nathan; RINEARSON, Peter. **A estrada do futuro**. Trad. Beth Vieira, Pedro Maia Soares, José Rubens Siqueira e Ricarco Rangel. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

KEEN, Andrew. **How to fix the future**. Nova Iorque: Atlantic, 2018.

LESSIG, Lawrence. **Code 2.0**. 2. ed. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOLLICK, Ethan. The dynamics of crowdfunding: an exploratory study. **Journal of Business Venturing**, Elsevier, v. 29, n. 1, p. 1–16, abr. 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 65, p. 59-73, jul./set. 1993.

NARAYANAN, Arvind; BONNEAU, Joseph; FELTEN, Edward; MILLER, Andrew; GOLDFEDER, Steven. **Bitcoin and cryptocurrency technologies**: a comprehensive introduction. Princeton: Princeton University Press, 2016.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**: Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PASQUALE, Frank. **The black box society**: the secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

POPPER, Nathaniel. **Digital gold**: bitcoin and the inside story of the misfits and millionaires trying to reinvent money. Nova Iorque: Harper, 2015.

RASKIN, Max. The law and legality of smart contracts. **Georgetown Law Technology Review**, Washington, v. 304, n. 1, p. 305-341, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2LwnSML>. Acesso em: 08 mai. 2019.

SAX, David. **A vingança dos analógicos**: por que os objetos de verdade ainda são importantes. Tradução de Alexandre Matias. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017.

SCOCUGLIA, Livia. Blockchain pode facilitar dia a dia no mercado jurídico. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/carreira/blockchain-pode-facilitar-dia-a-dia-mercado-juridico-07052018>. Acesso em: 15 fev. 2019.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Direitos autorais, tecnologia e transformações na criação e no licenciamento de obras intelectuais. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coord.). **Direito digital**: direito privado e Internet. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain revolution**: como a tecnologia por trás do bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. São Paulo: SENAI-SP, 2016.

VAN DIJK, Jan. **The network society**. 2. ed. Londres: Sage Publications, 2006.

VENEGAS, Percy. Initial coin offering (ICO). Risk, value and cost in blockchain trustless crypto markets. **Economy Monitor**. 1º ago. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3012238>. Acesso em: 08 maio 2019.

WU, Tim. **The master switch**: the rise and fall of information empires. Nova Iorque: Vintage, 2010.

YAZBEK, Amaral. O impacto do Blockchain no meio jurídico. Entrevistado Antônio Hoffert. **Revista Eletrônica Governança Jurídica**, n. 8, set. 2018. Disponível em: <http://ayadvogados.com.br/revista---gj8-impacto-da-blockchain-no-meio-jur%C3%ADdico>. Acesso em: 17 fev. 2019.

ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais**: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. Indaiatuba: Foco, 2017.

ZETZSCHE, Dirk A.; BUCKLEY, Ross P.; ARNER, Douglas W. The distributed liability of distributed ledgers: legal risk of Blockchain. **University of New South Wales Law Research Series**, Sydney, v. 17, n. 52, p. 1-49, ago. 2017.

# O MINISTÉRIO PÚBLICO E SEU PAPEL FUNDAMENTAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E NA INTEGRAÇÃO DOS SISTEMAS QUE CONSTITUEM A DEMOCRACIA

THE PUBLIC MINISTRY AND ITS FUNDAMENTAL ROLE IN THE IMPLEMENTATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND IN THE INTEGRATION OF THE SYSTEMS THAT CONSTITUTE DEMOCRACY

**Claudio José Amaral Bahia**

*Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)*

*Professor da Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE) e da Faculdade Iteana de Botucatu*

**Fabiana Aparecida Menegazzo Cordeiro**

*Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE)  
Advogada*

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objeto abordar a essencial função do Ministério Público na proteção e efetivação dos direitos fundamentais individuais no que concerne ao seu papel de fiscalizador do cumprimento da Constituição Federal, bem como do ordenamento jurídico infraconstitucional voltado para este fim. Ainda, baseado na Teoria dos acoplamentos sistêmicos de Niklas Luhmann, o trabalho destaca a importância da Instituição em promover o direito como interlocutor dos sistemas que integram o complexo Estado Democrático de Direito, sobretudo aqueles relacionados à direta proteção e efetivação dos Direitos Humanos vinculados aos direitos sociais. Assim, utilizando-se de pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas, demonstra quão fundamental é o exercício das funções do Ministério Público para a saudável estrutura do sistema democrático tangenciada tanto pelo trabalho de proteção e efetivação dos direitos fundamentais de primeira e segunda geração, quanto pela afirmação da dignidade do ser humano frente às limitações das relações de poder entre o Estado e seus cidadãos a partir da ordem constitucional de 1988.

**Palavras-chave:** Democracia. Direitos fundamentais. Direitos humanos. Ministério Público.

**ABSTRACT:** The purpose of this study is to address the essential role of the Public Prosecution Service in the protection and enforcement of individual fundamental rights in relation to its role as inspector of compliance with the Federal Constitution, as well as of the infraconstitutional legal order aimed at this purpose. Also, based on Niklas Luhmann's Theory of Systemic Couplings, the study highlights the importance of the Institution in promoting the law as interlocutor for the systems that make up the complex Democratic State of Law, especially those related to the direct protection and enforcement of Human Rights, particularly of social rights. Thus, using bibliographical, jurisprudential and legislative research, it demonstrates how essential the exercise of the functions of the Public Prosecution Service is for the healthy structure of the democratic system, guided by both the protection and enforcement of the fundamental rights of the first and second generation, as well as the affirmation of the dignity of human beings before the limitation imposed by the relations of power between the State and its citizens, based on the constitutional order of 1988.

**Keywords:** Democracy. Fundamental rights. Human rights. Public Ministry.

Enviado em: 02-03-2019

Aceito em: 08-05-2019

## INTRODUÇÃO

A ordem constitucional inaugurada em 1988 pela Carta Cidadã inovou em relação ao Ministério Público (MP), proporcionando-lhe novo objeto de atuação em prol e para o povo, visto que na história da Instituição, em sua gênese, o Ministério Público foi criado para defender os interesses do Estado, tanto que no Brasil, somente com a Constituição Federal (CF) de 1988 o Ministério Público Federal deixou de ser o advogado da União.

Assim, voltados os olhos ao povo, o texto constitucional deu fundamento legal para que a Lei Orgânica do MP determinasse que os direitos humanos fizessem parte dos objetivos inerentes à própria Instituição, confundindo-se inclusive em alguns momentos, com a própria efetivação da Democracia, de modo que, seja no exercício para o cumprimento da CF e do Ordenamento Jurídico na busca pela efetivação dos direitos fundamentais, seja no correto funcionamento integrado dos sistemas que constituem o Estado Democrático de Direito, o MP desempenha sua essencial função de defensor do povo, reconhecendo-o como soberano.

Nesse sentido, o estudo, baseado em pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas, pretende demonstrar o fundamental exercício das funções do Ministério Público para a concretização do Estado Democrático de Direito, trazendo, na primeira parte, o papel institucional do Ministério Público constitucionalmente assegurado. Na sequência, discorre-se como, por consequência da função, os direitos fundamentais passam a ser tutelados por esse órgão quanto à sua efetivação e implementação para o povo. Por fim, aborda-se a complexa atuação constitucional do Ministério Público como instrumento integrador dos sistemas que compõem a sociedade organizada com base no direito. Com fulcro na teoria dos acoplamentos sistêmicos de Niklas Luhmann, o trabalho destaca a importância da Instituição em promover o direito como interlocutor dos sistemas que integram o complexo Estado Democrático de Direito, sobretudo aqueles relacionados à direta proteção e efetivação dos Direitos Humanos vinculados aos direitos sociais, além de balizador do exercício do Poder do Estado nas relações com seus particulares.

## 1 O PAPEL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOB À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nos precisos termos do *caput* do art. 127 da Constituição Federal, tem-se que: “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.” (BRASIL, 1988).

A instituição ministerial compreende o Ministério Público da União (subdividido em Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) e o Ministério Público dos Estados, conforme dispõe o texto do art. 129 da CF/88. (BRASIL, 1988).

Sobre o histórico da Instituição ao longo do tempo, conforme ensina José Afonso da Silva (2009, p. 597-598),

O Ministério Público vem ocupando lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, dado o alargamento de suas funções de proteção de direitos indisponíveis e de interesses coletivos. A Constituição de 1891 não o mencionou, se não para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal seria designado Procurador-Geral da República, mas a Lei 1030, de 1890, já o organizava como instituição. A Constituição de 1934 o considerou como órgão de cooperação nas atividades mensais enquanto a de 1967 o incluiu na seção do Poder Judiciário, a sua emenda 1/69 o situou entre os órgãos do Poder Executivo. Agora, a Constituição lhe dá o relevo de instituição permanente, essencial à função do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis

Ressalta à luz da fala do Professor, por oportuno, que a própria Constituição Federal deixou claro em seu art. 129, II, que compete ao Ministério Público, em todas as suas esferas, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados a partir de outubro de 1988, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. (BRASIL, 1988).

Nota-se, por conseguinte, que, na contemporaneidade, aumenta a fundamentalidade e a relevância da atuação do Ministério Público na defesa dos interesses de nossa sociedade no que concerne aos direitos que envolvem o exercício da cidadania, principalmente no que diz respeito à proteção dos direitos humanos.

Nessa toada, Piovesan (2017, p. 100), ao abordar a cidadania à luz dos direitos humanos, retrata a atualização de seu dimensionamento, para níveis

além-fronteiras nacionais. “[...] O conceito de cidadania se vê, assim, alargado e ampliado, na medida em que passa a incluir não apenas direitos previstos no plano nacional, mas também direitos internacionalmente enunciados”.

Percebe-se que ao longo do tempo e das complexidades das relações horizontais e verticais entre os cidadãos e destes para com o Estado, houve um alargamento do conceito de cidadania, com foco para o valor do humano, de suas potencialidades e de suas necessidades. Por consequência, manifestam-se pontos de vista diferenciados dos limites do alcance do seu significado, visando acompanhar as dimensões dos direitos fundamentais e humanos, em escala mundial, seguida pela valorização da dignidade da pessoa humana.

Ao que se nota, o Ministério Público, no exercício da tutela dos direitos fundamentais, tanto proporciona condições para o alargamento do conceito de cidadania quanto para a profundidade do alcance da vida digna de cada sujeito de direito, sobretudo os vulneráveis que necessitam do apoio da Instituição para o alcance do mínimo existencial.

Em outra perspectiva do exercício da cidadania, a participação política da pessoa que também é tutelada pelo Ministério Público, observam-se as lições de Hannah Arendt (2001), que, em sua obra *A Condição Humana*, destacou a importância da proteção do humano na pessoa para que ela mesma possa descobrir e explorar suas potencialidades e a partir daí reconhecer-se como membro de uma sociedade e a ela dedicar sua parcela de contribuição. Nesse ciclo virtuoso de respeito mútuo, a pessoa se torna *activa*, pois atua, pensa, explora e contribui para o seio social no qual está inserida.

A nova ordem constitucional que a CF instaura, vem ao encontro dos ideais propostos por Arendt, visto que pela Democracia e pelo exercício da cidadania, a pessoa empodera-se e toma consciência do poder soberano do povo.

Nesse cenário, importante a explicação propagada por Arthur Pinto Filho (2002, p. 83), a respeito do papel essencial do MP, para quem:

[...] buscando manter o equilíbrio após o encerramento do seu trabalho, o constituinte necessitava encontrar uma instituição que pudesse fazer valer a Constituição por inteiro. Uma instituição que tivesse um quadro de profissionais com bom preparo e que, embora dentro do aparelho do Estado, fosse um braço da sociedade. E que tivesse a missão central de ser o agente vivificador da Constituição em seu todo. Assim, o Ministério Público também é guardião da Constituição, mas não no sentido gizado ao Supremo Tribunal Federal. Este tem a tarefa explícita de dizer quais as normas infraconstitucionais

que agridem a Constituição – e que, portanto, deverão ser retiradas do ordenamento jurídico – e quais as que estão compatíveis com o texto maior. A natureza da função ministerial é completamente diversa: é o guardião ativo das leis. Cabe a ele buscar fazer valer todos os direitos e garantias estabelecidos na Constituição exigindo o respeito total e completo ao texto constitucional. E, como visto, por conta da desigualdade cruel da sociedade brasileira, caberá a ele a tarefa maior de fazer valer os direitos e interesses que não tem articulação política e força para tanto [...].

A todo momento, tem-se notícias de diversas situações do desvio da finalidade maior do Estado de atender as necessidades e os anseios do seu povo, envolvendo de excessos a omissões, os quais vêm à tona pelos trabalhos de investigação do MP, buscando contribuir para a identificação e a punição de agentes que optaram por trilhar o tortuoso e odioso caminho da malversação do dinheiro público e do desrespeito das leis vigentes.

Tal panorama de acompanhamento não seria possível sem a firme e autônoma intervenção do Ministério Público, mostrando que, com a derrocada do regime militar inaugurado em 1964, a instituição saiu de um plano de participação social secundária, para se firmar como instrumento de apoio técnico e especializado na defesa da moralidade pública, da democracia, dos direitos humanos e de cumprimento da Lei Constitucional.

Jorge Alberto de Oliveira Marum, categoricamente, afirma:

[...] a Constituição de 1988 marca o reencontro da sociedade brasileira, e particularmente do Ministério Público, com a democracia e os direitos humanos. A instituição também se democratizou e tem voltado progressivamente sua atuação para a defesa dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. (MARUM, 2006, p. 427).

Não se pode negar a inafastável importância da instituição *Ministério Público* no que se refere à proteção, manutenção e concretização dos direitos constitucionais afetos aos vulneráveis, estejam estes ligados ou não ao critério quantitativo de minoria ou de maioria ou mesmo àqueles que se apresentam em situação de fragilidade pela peculiar situação na qual se encontra em determinado momento e local da história da humanidade.

A exemplo do acima exposto, podemos citar a especial tutela do MP destinada às crianças e aos adolescentes, aos idosos e de forma mais recente ao grupo de vítimas dos acidentes de rompimento das barragens de Mariana e de Brumadinho.

Referida Instituição apresenta exemplar papel de proteção a crianças e adolescentes, tendo diariamente exemplos de atuação do MP em relação à tutela do melhor interesse da criança, com acordos firmados pelo Ministério Público Federal, em São Paulo, e infratores dos seus direitos como a mídia, com filmes, músicas, vídeos, sem contar as vorazes propagandas que exploram imagens de crianças e imputam-lhes hábitos adultos não condizentes com suas idades biológicas e psicológicas, tudo em nome do estímulo ao consumismo, o que contraria, sobremaneira, os ditames protetivos impostos tanto pela Constituição da República quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Casos assim, com muita habilidade, conhecimento técnico e um imenso senso de humanidade são intermediados pelo Ministério Público que tem tomado medidas interessantes na resolução destas complexas situações. Como exemplo, tem-se além do Termo de Ajustamento de Conduta firmado, o comprometimento do infrator em realizar tutelas específicas aos casos em concreto. Em relação à mídia, tem-se obrigado o infrator a difundir por diversas vezes, durante período determinado material midiático que demonstre a realidade do tema que anteriormente havia sido explorado de forma distorcida, delituosa e ofensiva. As composições e os ajustamentos de conduta dos infratores são formalizados nos próprios autos da ação civil pública movida pela Instituição.

Num sentido mais amplo, na análise da atuação dos próprios agentes do Estado na efetivação dos valores da democracia e do respeito à dignidade do ser humano, não se pode deixar de mencionar que, a teor do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, toda vez que a Administração, em qualquer esfera de atuação, deixar de atentar para a adoção de respeito e entrega de direitos fundamentais por meio das políticas públicas que envolvam a concretização destes, como é a natureza do tema em comento, pode o Poder Judiciário, excepcionalmente, resolver a problemática omissiva, intervindo ativamente.

Tal circunstância inaugura e fomenta a atuação das funções consentâneas à finalidade do Ministério Público, que pode utilizar-se da ação civil pública para o saneamento e a efetivação de direitos afetos aos vulneráveis que, porventura, tenham sido postergados ou entregues ao esquecimento.

Em outras palavras, observa-se que:

[...] a efetividade dos direitos fundamentais às prestações está intimamente relacionada às políticas públicas, uma vez que é por meio delas que o Estado cumpre com o seu dever de proporcionar con-

dições materiais mínimas que visam a garantir a dignidade de seus particulares [...]. Não há dúvidas de que a atribuição de formular e implementar políticas públicas não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, pois tal encargo é dirigido, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, excepcionalmente poderá ser atribuída ao Poder Judiciário, que pode exercer controle jurisdicional em torno de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos relativos à eficácia e integridade de direitos fundamentais, ainda que a referida efetividade esteja ligada a normas de conteúdo programático, não havendo que se falar, em princípio, em impossibilidade jurídica do pedido em sede de ação civil pública.<sup>1</sup> (MAZZONI, 2007).

Fica clara a legitimidade do Ministério Público para o início e instrumentação da ação civil pública em casos como os referenciados acima.

E a confirmação se dá quando se observa a ementa do julgado abaixo, que serve inclusive como paradigma para casos que versem semelhanças com seu teor. O conteúdo é do julgado do Recurso Especial n. 718.203/SP, no qual, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

Administrativo. Constitucional. ação civil pública. *legitimatío ad causam do parquet*. art. 127 da cf/88. arts. 7º, 200 e 201 da lei nº 8.069/90. Direito à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da criança e do adolescente. Norma definidora de direitos e não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência.<sup>2</sup>

Cabe destacar, ainda, que a necessidade e a importância da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos afetos a vulneráveis em situações peculiares como crianças e adolescentes não é um fenômeno exclusivamente brasileiro, podendo-se citar, a título de exemplo, comentário proferido por Gonçalo de Melo Breyner (2002, p. 59), Procurador da República Portuguesa, no sentido de que:

[...] o MP é um dos principais actores no processo de instrução – recolha de elementos – e na própria fase da decisão, perante situações de desprotecção que exigem, cada vez mais e com a maior celeridade, a adopção das medidas mais adequadas. Essa intervenção do MP, a meu ver deve desenvolver-se, necessariamente, em duas vertentes: 1 – a vertente social e 2 – a vertente jurídica.

Nesse sentido, caem muito a propósito as palavras de Galdino Augusto Coelho Bordallo:

<sup>1</sup> Apelação Cível n. 141.091.0/3, Comarca de Bauru, Relator: Desembargador Jarbas Mazzoni, j.22/01/07.

<sup>2</sup> STJ, REsp. n. 718.203/SP, 1ª Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, j. 06/12/05, v.u.

[...] devemos ressaltar haver uma amplitude no rol dos direitos a serem defendidos pelo Ministério Público, pois não fica restrito aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, possuindo, também, atribuição para a defesa dos direitos puramente individuais. Esta afirmação resta comprovada pela simples leitura do Art. 201, incs. III (que dispõe sobre a legitimidade para a propositura de ação de alimentos), VIII (que trata da legitimidade para propositura de medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis para o respeito dos direitos e garantias legais assegurados à crianças e adolescentes) e IX (legitimidade para impetrar mandado de segurança). (BORDALLO, p. 400).

Assim, diante de qualquer ângulo do qual se aprecie o campo de atuação do Ministério Público, verifica-se que sua presença é absolutamente indispensável à concretização dos valores constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico vigente, além da especial participação da Instituição na manutenção, na proteção dos direitos e nos processos de reparação dos interesses de vulneráveis do nosso País.

## **2 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS**

Como visto na seção anterior, a real eficácia de um direito fundamental propriamente dito depende da eficácia de um direito fundamental operacional, plausível à vista de seu projeto e aguardado na concretização pelos instrumentos oferecidos a sua efetivação.

De nada adianta, do ponto de vista prático, estabelecer-se, constitucionalmente, o direito fundamental da pessoa, se não lhes são na prática outorgados instrumentos aptos a atingir o referido desiderato, nunca se perdendo de vista a aplicação, conjunta, do princípio da proteção integral da dignidade da pessoa, vetor máximo do Estado Democrático de Direito.

Essencial aqui tratar com mais detalhe da questão da vulnerabilidade das pessoas, já que dentro da operacionalização do direito, há que se projetar as

desigualdades sociais inclusive para acesso a esses direitos, aperfeiçoando-se aqui o conceito da igualdade que deve perseguir o alcance da equidade<sup>3</sup>.

Nesse sentido, na busca pela melhor definição dos que mais necessitam da tutela do Ministério Público, o conceito de minorias liga-se não só ao critério numérico e quantitativo do que se mensura, devendo ser analisado também o critério qualitativo do vocábulo. Nessa análise, surge uma terceira definição para as pessoas que necessitam da tutela do MP, a de grupo vulnerável, que desprezado do ideário de quantidade, se volta para o entendimento da carência, da discriminação e da desigualdade que o atinge, independentemente se quantitativamente representam pequeno ou grande grupo de pessoas.

A ONU, em 1966, referenciou o vocábulo “minorias” no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, recepcionado pelo Decreto n. 592/92, trazendo, em seu artigo 27, menção ao tema:

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar a sua própria língua. (BRASIL, 1992).

Nos fundamentos da ONU para elaboração desse tratado, tem-se a justificativa de que é necessário assegurar condições para que segmentos discriminados das populações consigam atingir igualdade de tratamento com relação à maioria.

Em assim sendo, começa-se com a ação articulada do governo, de forma conjunta e em todas as suas esferas e níveis, e da sociedade, exigindo-se que seus referidos agentes se pautem por linhas de ação que venham a abarcar políticas sociais básicas, políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que dele necessitem.

Para esses, o Estado atual intervém para efetivação de sua contrapartida por meio das denominadas políticas públicas, que nada mais são do que os

<sup>3</sup> Equidade é o apelo à justiça voltado à correção da lei em que a justiça se exprime. Esse é o conceito clássico de E. esclarecido por Aristóteles e reconhecido pelos juristas romanos. Diz Aristóteles: “A própria natureza da E. é a retificação da lei no que esta se revele insuficiente pelo seu caráter universal”. (Et. nic., V. 14, 1137 b 26). A lei tem necessariamente caráter geral; por isso às vezes sua aplicação é imperfeita ou difícil, em certos casos. Nestes casos, a E. intervém para julgar, não com base na lei, mas com base na justiça que a própria lei deve realizar. Portanto, nota Aristóteles, o justo e o equitativo são a mesma coisa; o equitativo é superior, não ao justo em si, mas ao justo formulado em uma lei que, em virtude da sua universalidade, está sujeita ao erro. Fundamentando-se em conceito análogo, Kant considerava, porém, que a E. não se presta a uma autêntica reivindicação jurídica e que, portanto, não cabe aos tribunais, mas ao tribunal da consciência (Met. Der Sitten, Ap. à Intr. 1). (ABBAGNANO, 2000, p. 339-340). A equidade é um vetor para o direcionamento das políticas públicas para a educação, bem como para a efetivação do Federalismo no Brasil atual face a perpetuação das desigualdades sociais que no decorrer da história foram justificadas pela diversidade e extensão territorial do Brasil. A busca pela identificação das necessidades regionais e locais e o tratamento singular para estas é não só o desafio, mas o principal objetivo para a efetivação dos direitos fundamentais no Brasil.

programas sociais desenvolvidos pelas lideranças dos governos, sobretudo em esfera federal, para disseminação de ações que visem erradicar as desigualdades sociais.

Para Teixeira (2002), as políticas públicas são diretrizes, são princípios norteadores de ação do poder público, regras, procedimentos para as relações entre o poder público e a sociedade, são as formas determinadas para as mediações entre atores da sociedade e do Estado.

Como trata, as políticas públicas devem ser entendidas como os meios idealizados e organizados pelo governo para atingir um objetivo preestabelecido. São o conjunto de regras e procedimentos esquematizados para reger a relação entre o estado e seus governados, para entrega de um preceito constitucional, considerado de extrema significância para a consolidação da democracia e do bem comum. Deve ter cunho transformador da realidade de desigualdade social a qual têm sob foco.

Nesse mesmo sentido, Souza (2006, p. 7) lembra que [...] “a formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”.

Por tal importância, os interesses do governo devem estar alinhados com as reais necessidades e demandas da sociedade quando da elaboração da política pública, bem como o objetivo maior do programa/ação, deve estar diretamente ligado a um problema social, de modo que venha a tratá-lo senão por completo, mas com resultados ponderáveis, pois são os resultados efetivos que completam o ciclo de vida de uma política pública.

Souza (2006, p. 1-2) assevera também para as mudanças que envolvem o tema, sobretudo na América Latina, por integrar-se a países em desenvolvimento, onde a desigualdade social e a busca pela equidade exigem do Estado maiores intervenções por meio das políticas públicas.

Dentre os fatores que marcam as alterações dessa forma de atuação dos governos, a autora destaca a adoção de políticas restritivas de gastos, que determinam as agendas governamentais, além do olhar para o equilíbrio no orçamento, com ajuste fiscal e manutenção das despesas de acordo com as entradas das receitas e por último, a autora destaca, na América Latina, a dificuldade dos governos em formar coalizões políticas capazes de equacionar minimamente a

questão de como desenhar políticas públicas suficientes para fomentar o desenvolvimento econômico e promover a inclusão social dos que estão marginalizados de alguma forma. (SOUZA, 2006).

Ao que se nota, pela nova ordem constitucional o Ministério Público passa a ter o desafio de ser o oficial defensor do povo e dos interesses sociais diante das políticas públicas voltadas para a entrega de direitos inerentes ao mínimo existencial, pois quando depara-se com políticas públicas não concretizadas e busca identificar quais as razões impedem a entrega dos direitos fundamentais por estas idealizados, tem-se verdadeiras lutas travadas contra os próprios agentes do Estado responsáveis pela construção e implementação das respectivas políticas públicas, considerando que a defesa da moralidade administrativa, do patrimônio público e dos direitos fundamentais desagrada os interiores do Estado.

Continuando, Gonçalves (2000, p. 118), a respeito do tema discorreu que dentro do raciocínio da atuação do MP frente aos direitos fundamentais, sobretudo para aqueles mais vulneráveis, dependentes das políticas públicas para acessar o mínimo existencial, é possível afirmar que

[...] a ordem constitucional vigente estabelece, por si só, várias políticas públicas para o exercício dos direitos sociais. As normas constitucionais de ordem social delimitam os parâmetros dessas políticas públicas, que são vinculantes, aliás, para o administrador. Os conceitos de bem-estar e justiça social devem ser interpretados a partir dos fundamentos e objetivos da República Brasileira, assente nos arts. 1º, 3º e 4º, da CF. Consequentemente, a própria discricionariedade do administrador, em face da referida ordem constitucional está mitigada.

Na função de fiscalizador, o MP atua no acompanhamento do relacionamento do Estado com os cidadãos por meio dos seus agentes públicos verificando a dosimetria da discricionariedade mitigada pela norma no caso em concreto, moralizando inclusive relações desequilibradas de poder e proporcionando condições de reparação quando tal desequilíbrio concretizou lesão a direito.

### **3 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INTERLOCUTOR DOS SISTEMAS QUE INTEGRAM O COMPLEXO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Por tutelar os direitos e valores mais caros que constituem a Democracia, o Ministério Público, no exercício de suas funções de zelar pelo cumprimento do

Direito, torna-se elo entre os diversos sistemas que integram o Estado Democrático de Direito.

Para melhor entendimento dessa relação, emprestamos as ideias de Niklas Luhmann pelas quais este atribui a nomenclatura de acoplamentos sistêmicos às relações sociais existentes no seio de um conjunto de membros organizados em um Estado Democrático de Direito.

Por sua teoria, Luhmann (1998) ressalta que, dentro da sociedade complexa contemporânea na qual nos deparamos, o direito exerce um papel diferenciado dela e essencial para manutenção de sua harmonia e para o exercício das comunicações entre os subsistemas que a integram, pois mantém estáveis as expectativas do povo em relação às normas, ainda que estas venham a ser frustradas na prática.

O autor demonstra como o direito proporciona a segurança jurídica por meio da harmonia e da intermediação entre a comunicação dos subsistemas que integram o seio social.

Continua o teórico que cada subsistema possui um conjunto de códigos próprios que coordenam seus trabalhos. À medida que um sistema passa a interferir na codificação do outro, ocorre a descaracterização da operacionalização e das funções para as quais haviam sido constituídos.

Em relação aos direitos fundamentais, tal situação ocorre quando na execução de uma política pública para efetivação de um direito fundamental, o poder político se sobrepõe aos limites aceitáveis da discricionariedade e por consequência prejudica na entrega da finalidade proposta desde a sua idealização. Na prática, os efeitos dessas interferências são atrasos, descasos, falta de qualidade e desvios de recurso público, cabendo assim, a atuação do Ministério Público na busca do reequilíbrio desses códigos descaracterizados e da reparação das lesões causadas aos cidadãos a estes relacionados.

Para Luhmann, (2016) existe comunicação jurídica toda vez que, havendo controvérsia, alguém reivindique seus direitos e, com isso, a normatividade vigente deve decidir quem possui a razão pelo código da licitude. Dessa forma, o direito é um sistema que resolve os conflitos e por vezes, cria outros, pois com base no próprio direito pode-se resistir a pressões ou afastar ordens expressas, demandando ações integradoras, que proporcionem novas formas de integração embasadas na lei. Os termos de ajustamento de conduta intermediados pelo

Ministério Público são exemplos deste papel integrador na busca de novas formas de resolução de conflitos, com base na codificação disponível, na legislação vigente.

Em relação ao Ministério Público e aos códigos que tutelam e às próprias funções que exercem, seja nos afazeres preventivos ou nas reconduções para casos em que já se tenha identificado o descumprimento da norma e o ferimento de direito, e não podendo aqui deixar de serem mencionadas às atribuições voltadas ao acompanhamento dos limites de atuação do próprio Estado, da dosimetria da discricionariedade dos agentes estatais nas relações com seus particulares, pode-se afirmar o papel do Ministério Público como interlocutor e integrador dos atores sociais, bem como das estruturas organizadas para a concretização das relações, denominadas por Luhmann de subsistemas.

Neste sentido, ressalta-se que nos processos de atuação do MP uma diferenciação marcada pelo quesito temporal, pelo qual no exercício do ato de fiscalizar a Instituição procura integrar os subsistemas, identificando irregularidades que ferem a convivência harmônica e independente dos subsistemas. Já quando identificada situação em que o desequilíbrio entre as relações sistêmicas já é fato, o MP atua não só na busca da reestruturação dos códigos de cada sistema desestabilizado, como também, busca reparar os danos sofridos por aqueles envolvidos, sobretudo dos vulneráveis, nessas relações sistêmicas abaladas que Luhmann qualifica como desacopladas.

Assim, a concepção de Luhmann do acoplamento de sistemas (1998) conjectura teoricamente os ganhos e as vantagens quando os subsistemas trabalham alinhados e de forma dialética, em sintonia. Quando os subsistemas que integram a sociedade como o Direito, a Economia, a Política trabalham alinhados em prol da sua sociedade, transferindo informações e proporcionando condições salutares para que cada um desempenhe suas funções, de acordo com seus próprios códigos, particularidades, estruturas e ferramentas, proporcionam mutuamente condições essenciais para o fechamento virtuoso do ciclo do efetivo Estado Democrático de Direito.

No cumprimento da função de acoplar os subsistemas, o MP em diversas situações, sobretudo na defesa dos direitos humanos evidencia o conflito existente entre os poderes da República e o não cumprimento de suas funções típicas, que, na maior parte das vezes, estão ligadas à inefetividade de atendimento

às necessidades populares. Seja por meio de ações civis públicas contra a não entrega das políticas públicas pelo Poder Executivo, seja pela conflituosa relação com o Poder Judiciário no que se refere à burocracia que se sobrepõe à devida atenção ao cidadão lesado, não podendo deixar de ser mencionado, a inércia e omissão do Poder Legislativo, que desempenha mandatos apartados do compromisso com os anseios daqueles que representam.

Por derradeiro, há que se considerar a missão constitucional atribuída ao Ministério Público por meio da Carta Magna de 1988, de ter em suas atribuições a função de intermediar os diversos subsistemas que integram a sociedade para o alcance da especial função de proteção da dignidade humana, forjando tal função ao patamar de objetivo vultoso e inerente à própria existência da Instituição e proporcionalmente salutar para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao final do trabalho, considera-se que a Constituição de 1988 inaugurou juntamente com o conjunto de valores vinculados à dignidade humana, uma nova fase à Instituição do Ministério Público diferente das anteriores, forjadas na burocracia e nas questões políticas do jogo de poderes existentes no modelo Republicano.

O Ministério Público ganha, com a nova ordem constitucional, relevo, suporte e controle independente, a fim de que planeje e execute suas funções guiado pelos princípios de uma instituição livre e permanente. Na mesma proporção lhe são atribuídas obrigações umbilicalmente essenciais para o amadurecimento do regime democrático, da prevalência dos interesses sociais e do respeito aos direitos individuais indisponíveis.

Tais responsabilidades demonstram quão fundamental é o exercício das funções do Ministério Público para a saudável estrutura do sistema democrático, tangenciada tanto pelo trabalho de proteção e efetivação dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões quanto na afirmação da dignidade do ser humano frente às limitações das relações de poder entre Estado e seus cidadãos, a partir da ordem constitucional de 1988.

Assim, tem-se que, no presente, o Ministério Público representa para a sociedade brasileira uma conquista inestimável, considerado seu papel de inter-

mediador e em alguns casos, controlador de poder, evitando que aqueles que o detém não se utilizem deste como meio vil para alcance de objetivos amesquinçados e escusos. A luta contra o reino do arbítrio eleva ao reconhecimento público o papel do Ministério Público e cria nele expectativas para respostas integradoras dos subsistemas que constituem a sociedade moderna, além do alcance de benefícios coletivos na resolução de problemas sociais que hoje assolam o povo e torna descrente o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. da 1. ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; ver. da trad. Ivone Castilho Benedetti. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

APELAÇÃO CÍVEL. **Apelação Cível n. 141.091.0/3**, Comarca de Bauru, Relator: Desembargador Jarbas Mazzoni, j. 22/01/07, v.u. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/colunistas/impressao.jsp?idColista=38&ia=124>>. Acesso em: 12 jan. 2007.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRASIL. **Constituição federal brasileira de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 24 fev. 2019.

BRASIL. **Convenção de Viena sobre o direito dos tratados**. Decreto n. 7.030/2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em 04 ago. 2017.

BRASIL. **Declaração Universal dos direitos humanos**. UNICEF BRASIL. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm). Acesso em: 04 ago. 2017.

BRASIL. **Pacto internacional sobre direitos civis e políticos**. Promulgação. Decreto n. 592/1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm). Acesso em 28 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 718.203/SP**, Relator: Ministro Luiz Fux, j. 1ª Turma, 06/12/05, v.u. Disponíveis em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/>. Acesso em 21 fev. 2019.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Ministério Público. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Atlas, 2001.

BREYNER, Gonçalo de Melo. O Ministério Público e a proteção das crianças e jovens. In: **Direito tutelar de menores**. Coimbra: Coimbra, 2002.

GONÇALVES, Wagner. **O papel do Ministério Público na proteção dos direitos humanos**. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/API/article/download/.../3640>. Acesso em: 13 fev. 2019.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lineamientos para uma teoria general**. Tradução de Sivia Pappe y Brunhilde Erker (Coord. por Javier Torres Nafarrete). Rubi (Barcelona): Anthropos; Mexio: Univesidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. **Ministério Público e direitos humanos**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 427.

MAZZONI, Jarbas Mazzoni. **Apelação Cível n. 141.091.0/3**, Comarca de Bauru, Relator: Desembargador Jarbas Mazzoni, j.22/01/07. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/colunistas/impressao.jsp?idColista=38&ia=124>. Acesso em: 12 jan. 2007.

PINTO FILHO, Arthur. Constituição, classes sociais e Ministério Público. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de (Coord.). **Ministério Público: instituição e processo**. São Paulo: Atlas, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 10. ed., ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

RECURSO ESPECIAL. **REsp. n. 718.203/SP**, STJ. 1ª Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, j. 06/12/05, v.u. Disponível em: Acesso em: 20 fev. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. Melhoramentos, 2009.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, jul/dez. 2006

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade**. Bahia, 2002. Disponível em: <http://www.escoladebicicleta.com.br/politicaspublicas.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017

# A POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

THE PUBLIC MINISTRY'S POSSIBILITY OF FILING FOR A WRIT OF  
*MANDAMUS*

**Marina Gomes de Souza**

*Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola  
Superior do Ministério Público (FMP)  
Advogada*

**RESUMO:** O mandado de segurança coletivo é uma garantia instituída pela Constituição Federal de 1988, que visa cessar lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, podendo ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, sindicatos, entidades de classe ou associações legalmente constituídas há mais de um ano, na defesa dos interesses dos seus membros. Contudo, a Carta Política conferiu ao Ministério Público a proteção dos direitos difusos e coletivos e, ao seu turno, o microsistema constitucional de tutela de interesses transindividuais, composto pelo conjunto de leis a que se integra, corrobora a sua legitimidade para a defesa dos direitos transindividuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos. O presente estudo pretende verificar a possibilidade da ampliação da legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo pelo Ministério Público no uso de suas atribuições constitucionalmente instituídas, através do uso do método dedutivo, mediante a pesquisa de doutrina e jurisprudência pertinentes ao tema.

**Palavras-chave:** Ampliação. Atribuições institucionais. Legitimidade Ativa. Mandado de segurança coletivo. Ministério Público.

**ABSTRACT:** The writ of *mandamus* is a constitutional right instituted by the Federal Constitution of 1988, which intends to cease lion or threat of injury to clear legal rights, not covered by *habeas corpus* or *habeas data*, and that may be filed for by a political party with representation in the National Congress, trade unions, class entities or associations that were legally constituted more than a year ago, in defense of the interests of its members. However, the Political Charter assigned to the Public Ministry the responsibility of protection of diffuse and collective rights and, in turn, the constitutional micro-system of protection of transindividual interests, composed of the set of laws to which it belongs, corroborates the legitimacy of the Public Ministry's involvement in the defense of transindividual, diffuse, collective and individual homogeneous rights. The present study intends to verify the possibility of extending the legitimacy of the Public Ministry's filing for a writ of *mandamus*, in the use of its constitutionally instituted attributions, based on an analysis of the doctrine pertinent to the theme.

**Keywords:** Active legitimacy. Collective writ of *mandamus*. Enlargement. Institutional assignments. Public Ministry.

Enviado em: 26-02-2019

Aceito em: 08-05-2019

## INTRODUÇÃO

Até a entrada em vigor da Carta Política de 1988, inexistia no ordenamento jurídico pátrio o instituto do mandado de segurança coletivo, instituído pelo inciso LXX, do art. 5º, em cujas alíneas *a* e *b*, restou atribuída a legitimação ativa do *writ* aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas há pelo menos um ano.

Mais de dez anos após a promulgação da Constituição Federal, o mandado de segurança, em suas duas modalidades, foi regulamentado, ainda que de forma deficiente, pela Lei n. 12.016/2009. Seguindo a linha do dispositivo constitucional, o art. 21, da Lei n. 12.016/09 atribuiu a legitimação ativa para a impetração do *mandamus* coletivo aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas há pelo menos um ano.

Contudo, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, inciso III, delegou ao Ministério Público a proteção dos direitos difusos e coletivos e, ao seu turno, o microsistema constitucional de tutela de interesses transindividuais, composto pelo conjunto de leis a que se integra, quais sejam, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei do Mandado de Segurança e o Estatuto do Idoso, corroboram a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos transindividuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Não obstante tenha o legislador originário delegado ao Ministério Público a proteção dos direitos difusos e coletivos (artigo 129, inciso III), quedou-se silente sobre a possibilidade da proteção de tais direitos pela via do *mandamus* coletivo.

Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é verificar a possibilidade da extensão da legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo pelo Ministério Público, no uso de suas atribuições constitucionalmente instituídas.

Para a elaboração do estudo, foi utilizado o método dedutivo, por meio da revisão bibliográfica e jurisprudencial relacionadas ao tema.

## 1 O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Dispõe o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal de 1988, que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Em seguimento, o inciso LXX do suprarreferido dispositivo legal elenca o rol dos legitimados a impetrar mandado de segurança na forma coletiva, quais sejam, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Embora a previsão constitucional do mandado de segurança na forma coletiva datasse de 1988, somente no ano de 2009 sobreveio legislação disciplinando, ainda que de forma precária, o *writ*. Ampliando a definição do *mandamus*, a Lei n. 12.016/09, em seu artigo primeiro, acrescentou que o remédio constitucional pode ser utilizado “sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Em verdade, não se tratava de uma nova lei, mas de antiga proposta datada do ano de 1996, anterior a importantes doutrinas e decisões dos tribunais pátrios a respeito do mandado de segurança coletivo que, dentre outras disposições, reconheciam a sua aplicabilidade à tutela dos direitos coletivos, incluindo os direitos difusos, àquela época confundidos com meros interesses. Contudo, a legislação não acompanhou os escritos e a jurisprudência mais atualizada sobre o assunto (ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 155-156).

De acordo com Alexandre de Moraes, o constituinte pretendeu facilitar o acesso ao juízo, autorizando que pessoas jurídicas defendam os interesses dos seus membros ou associados, sem a necessidade de autorização ou de um mandado especial, objetivando, ainda, evitar múltiplas ações idênticas, a morosidade na prestação jurisdicional, além de fortalecer as organizações classistas (MORAES, 2008, p. 162).

O Código de Processo Civil de 2015 deixou de incluir o mandado de segurança dentre os procedimentos especiais, pelo que, permanecem em vigor as disposições da Lei n. 12.016/09, assim como todas as lacunas e controvérsias por ela deixadas.

Para Handel Martins Dias e José Tadeu Xavier, o mandado de segurança coletivo

ainda está aquém do esperado de um *writ* consagrado na Constituição como garantia fundamental para a proteção transindividual. Dotado de feições peculiares que o isolam como figura ímpar e sem precedentes na história jurídica pátria, o mandado de segurança coletivo ainda não alcançou pleno amadurecimento, produto de duas décadas de vácuo legislativo e da dificuldade dos operadores do direito no trato de formas processuais para a tutela coletiva mercê de uma tradição que sempre compreendeu somente a tutela jurisdicional individual (XAVIER; DIAS, 2016, p. 151).

Como pode ser visto, o mandado de segurança tem por objetivo precípuo a proteção de direitos individuais ou coletivos, que foram ou poderão ser lesados, por ato de autoridade, com a característica de celeridade processual, pela rapidez com que deve ser protegido o direito líquido e certo. O objetivo do *mandamus* é oferecer uma proteção rápida ao direito lesado do titular, quando tal direito puder ser provado de plano, documentalmente, para que seja imediatamente cessada a ilegalidade ou o abuso de poder (FERREIRA, 1985, p. 3).

Um dos pontos mais polêmicos a respeito do *writ* coletivo está na definição do seu objeto, pois, como antes referido, a ação mandamental está entre os limites da versão individual e os instrumentos de tutela judicial de direitos coletivos, tal qual a ação civil pública.

Rodolfo de Camargo Mancuso, ao definir o interesse coletivo, afirma ser

aquele concernente a uma realidade coletiva, ou seja, o exercício coletivo de interesses coletivos; e não, simplesmente, aqueles interesses que apenas são coletivos na forma, permanecendo individuais quanto à finalidade perseguida, o que configuraria um exercício coletivo de interesses individuais (MANCUSO, 1991, p. 65).

Optou o legislador ordinário por deixar de incluir dentre os direitos passíveis de proteção pelo *writ* os interesses difusos. Para efeito de segurança coletiva, estão incluídos os interesses individuais homogêneos (MORAES, 2008, p. 163).

Hermes Zaneti Júnior afirma que a corrente dominante nos tribunais brasileiros<sup>1</sup> e na melhor outrina aderiu à tese ampliativa, pela qual o *writ* coletivo permitiria a defesa dos direitos coletivos *lato sensu* ou difusos, dos direitos coletivos *stricto sensu* e dos individuais homogêneos (ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 158).

A ação denominada mandado de segurança é gênero, que se divide em individual e coletivo. As duas espécies do *mandamus* guardam semelhanças, quais sejam, a ofensa a um direito líquido e certo, a existência de prova pré-constituída e a ilegalidade ou abuso de poder, distinguindo-se na abrangência, guardadas as especificidades de cada modalidade.

O mandado de segurança coletivo segue o procedimento do mandado de segurança individual, havendo diferenciação na legitimação de quem pode impetrá-lo, na defesa de direitos ou prerrogativas coletivas.

Teori Albino Zavascki afirma que as consequências que decorrem da diferença do regime de legitimação ativa ultrapassam as aparências, na medida em que a substituição processual do mandado de segurança coletivo está agregada ao objetivo de autorizar que o substituto processual busque tutelar interesses de diversas pessoas (ZAVASCKI, 2006, p. 207).

Em outras palavras, o *writ* coletivo objetiva a proteção coletiva de um conjunto de direitos líquidos e certos, violados ou ameaçados por autoridade, transformando o mandado de segurança em um instrumento para a tutela coletiva de direitos, sendo uma ação coletiva (ZAVASCKI, 2006, p. 207).

Para fins de mandado de segurança coletivo, direito coletivo pode ser entendido como aquele que pertence a uma coletividade ou categoria representada por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano.

Segundo Hermes Zanetti Júnior, “o adjetivo coletivo se refere à forma de exercer-se a pretensão mandamental, e não a pretensão deduzida em si mesma”. Nesse sentido, o mandado de segurança se presta à salvaguarda de direito coletivo, difuso ou individual (ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 164).

Não poderá ser utilizado na defesa de direito individual ou de alguns filiados de partido político, sindicato ou associação, mas de toda a categoria que possua um direito líquido e certo ofendido (MEIRELLES, 1998, p. 7).

<sup>1</sup> Conforme RE n. 181.438-1/SP, proferido pelo Tribunal Pleno do STF, tendo como relator o Ministro Carlos Velloso.

Nos termos do parágrafo único, do artigo 21, da Lei n. 12.016/09, poderão ser objeto de segurança coletiva os direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica (inciso I) ou os direitos individuais homogêneos, assim entendidos como os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante (inciso II).

O objetivo do *mandamus* na forma coletiva, conforme leciona Durval Aires Filho, é “afastar ou evitar uma lesão a direito social ou difuso, bastando a descoberta da ilegalidade ou abuso no exercício do direito” (AIRES FILHO, 1998, p. 33).

São elementos caracterizadores de uma ação coletiva a representação processual por terceiro não detentor do direito material e a extensão da coisa julgada (efeito *erga omnes*). No mandado de segurança coletivo, há o elemento da substituição processual, sendo indicados pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXX, alíneas *a* e *b*, os legitimados ativos à propositura da ação, substitutos processuais dos titulares do direito material.

A decisão do mandado de segurança coletivo possui eficácia *erga omnes* e produz efeitos para pessoas ausentes da relação processual, em razão da natureza dos objetos tuteláveis, contudo, a sentença fará coisa julgada somente em relação aos membros da categoria substituídos pelo impetrante (artigo 22 da Lei n. 12.016/09).

O mandado de segurança não induz litispendência com relação às ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante individual, caso ele não requeira a desistência do seu mandado de segurança individual no prazo de trinta dias da ciência da impetração da ação coletiva (artigo 22, parágrafo primeiro da Lei n. 12.016/09).

Assim como na forma singular, o prazo para a impetração do *mandamus* coletivo é de cento e vinte dias, a contar da data em que o interessado tiver ciência do ato a ser impugnado. Trata-se de prazo decadencial que, portanto, não pode ser suspenso ou interrompido quando iniciado. O termo inicial é contado a partir do momento em que a ação ou omissão se torna exequível, ou seja, quando for capaz de lesar o direito do impetrante. Cessa o prazo decadencial na data da impetração, não havendo caducidade intercorrente (MEIRELLES, 1998, p. 28-30).

## 1.1 NATUREZA JURÍDICA

Como antes referido, grande parte da doutrina<sup>2</sup> classifica o mandado de segurança coletivo como uma ação coletiva, em razão das suas características. Contudo, trata-se de uma ação constitucional de natureza civil, que segue o rito sumário, dependendo de prova documental pré-constituída, que demonstre a existência do direito líquido e certo violado, sendo inadmitida a produção de provas no decorrer do trâmite.

Alexandre de Moraes afirma que o mandado de segurança é «uma ação constitucional, de natureza civil, cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público» (MORAES, 2008, p. 162).

Possuindo caráter de ação civil, é regulado, de forma subsidiária, pelo Código de Processo Civil, no que não colide com o seu modelo e finalidade próprios, previstos pela legislação específica.

No tocante à natureza da prestação jurisdicional, Paulo Roberto de Gouvêa Medina classifica o *mandamus* coletivo como uma ação de conhecimento. Alfredo Buzaid defende que a determinação da natureza da segurança varia conforme o pedido formulado pelo impetrante, podendo ser meramente declaratório, constitutivo ou condenatório. Celso Agrícola Barbi possui entendimento idêntico (MEDINA, 2012, p. 202-203).

José da Silva Pacheco defende que, no tocante à natureza jurídica, trata-se de mandamento judicial para determinar a remoção dos óbices ou sustar os seus efeitos, a fim de fluir, sem empecilhos, direitos líquidos e certos. A sentença teria caráter mandamental, determinativa, ordenativa e obrigatória, devendo ser imediatamente cumprida, sem a necessidade de nova ação, como ocorre com uma sentença condenatória (MEDINA, 2012, p. 181).

Pontes de Miranda também entende que a prestação jurisdicional no mandado de segurança possui caráter mandamental, pois, o juiz ou tribunal manda e o que ele determina é o próprio conteúdo desta prestação (MEDINA, 2012, p. 203).

O teor do artigo 26, da Lei n. 12.016/09 corrobora a natureza mandamental do *writ*, ao prever como crime de desobediência o descumprimento da

<sup>2</sup> Nesse sentido Pontes de Miranda, Alfredo Buzaid, Celso Agrícola Barbi, dentre outros.

decisão proferida no processo, sem prejuízo das sanções administrativas e da imputação de crime de responsabilidade à autoridade coatora.

O mandado de segurança, portanto, é uma ação civil de rito sumário especial, destinado a cessar ofensa a direito individual ou coletivo, privado ou público, por meio de ordem impeditiva ou corretiva da ilegalidade, que deve ser cumprida especificamente pela autoridade coatora.

Por sua natureza de ação civil, enquadra-se no conceito de causa, para fins de fixação de competência e produz todos os efeitos próprios de uma ação contenciosa (MEIRELLES, 1998, p. 08), diferenciando-se das demais ações por seu objeto e procedimento célere, utilizando-se subsidiariamente das regras processuais civis vigentes.

Para entender a natureza jurídica do *mandamus* coletivo, inicialmente há que ser verificada a sua essência, sobre a qual existem duas orientações, a partir do seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro pela Carta Política de 1988.

De um lado, alguns juristas consideravam o mandado de segurança coletivo uma simples versão do individual, dele diferindo somente pela legitimidade para o seu ingresso. Inácio de Carvalho Neto entendia que o mandado de segurança coletivo era apenas um mandado de segurança, impetrado pelas pessoas legitimadas. A diferença estaria na natureza do direito protegido, na medida em que a versão individual trata de direito líquido e certo de natureza singular, enquanto o *writ* coletivo tutela direito líquido e certo de natureza coletiva (CARVALHO NETO, 2009, p. 168-173).

Relativamente ao conteúdo do mandado de segurança coletivo, alguns doutrinadores pregavam tratar-se de uma forma especial de tutela de direitos coletivos, diferenciando-se, neste aspecto, da forma individual, inclusive quanto ao procedimento. Os defensores desta linha acreditavam que o rito sumário do mandado de segurança individual não seria apropriado para a versão coletiva.

A Lei n. 12.016/09 regulamentou as duas formas do mandado de segurança, com idênticos requisitos e pressupostos para a impetração, bem como, igual procedimento. Assim, o *mandamus* coletivo se diferencia da modalidade individual “pelos elementos da causa, ou seja, pelo fato de o impetrante atuar como substituto processual de uma coletividade ou de um grupo de indivíduos e o bem jurídico tutelado corresponder a um direito coletivo, essencial ou acidentalmente considerado” (XAVIER; DIAS, 2016, p. 153).

O legislador ordinário estabeleceu três peculiaridades no procedimento do *mandamus* na forma coletiva, em razão da distinção do pedido mediato e, bem assim, repetiu a disposição constitucional no tocante à legitimação ativa e ao objeto.

Reprisando o disposto no artigo 2º, da Lei n. 8.497/92, o artigo 22, § 2º, da Lei n. 12.016/09 dispôs que a tutela provisória no mandado de segurança coletivo só poderá ser concedida depois da audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que terá o prazo de 72 horas para se pronunciar sobre o pleito.

O artigo 22, da Lei do Mandado de Segurança, prevê um regime diferenciado no tocante à coisa julgada, na medida em que a sentença que julga o *mandamus* coletivo faz coisa julgada relativamente aos membros do grupo ou da categoria substituídos pelo impetrante.

Nos termos do parágrafo primeiro, do art. 21, da Lei n. 12.016/09, o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais.

Os efeitos da sentença do *writ* só beneficiarão os impetrantes individuais que, no prazo de trinta dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva, requererem a desistência da ação individual.

Portanto, características do mandado de segurança individual não são suscetíveis de plena e automática aplicação à forma coletiva que, no entendimento de Teori Zavascki, possui dupla função: de uma ação sumária que deve guardar os contornos do mandado de segurança original e de uma demanda coletiva que, sob pena de comprometer a sua natureza, não pode se limitar ao exame particular e individualizado dos direitos subjetivos tutelados (ZAVASCKI, 2006, p. 207).

A tutela de direitos metaindividuais pela via do mandado de segurança coletivo é possível, ante a concepção liberal individual do Código de Processo Civil, que estabelece como *inter partes* os efeitos da sentença, aplicando-se àquela ação o sistema de coisa julgada constante do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor<sup>3</sup>, integrante do microsistema coletivo.

<sup>3</sup> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

<sup>I</sup> - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

<sup>II</sup> - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

<sup>III</sup> - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

O artigo 22, da Lei n. 12.016/2009 reforça este entendimento ao dispor que a sentença proferida no mandado de segurança coletivo faz coisa julgada aos membros substituídos pelo impetrante.

Inexistindo legislação infraconstitucional que regulamente de forma adequada o mandado de segurança coletivo, há o desafio da doutrina e da jurisprudência de viabilizar, através da hermenêutica, os meios e procedimentos adequados à tutela coletiva de direitos líquidos e certos, ameaçados ou lesados por autoridade (ZAVASCKI, 2006, p. 207).

Não se trata de uma ação plúrima, de litisconsórcio ativo facultativo, onde podem ser identificados os titulares do direito, mas de um meio adequado a uma ação que trata coletivamente da controvérsia, ou seja, uma demanda em que, de certa forma, haverá juízos genéricos e impessoais.

Nesse sentido, Teori Zavascki afirma ser indispensável a aplicação das normas do mandado de segurança singular, de forma subsidiária, assim como, das regras e princípios que regem as ações coletivas.

A respeito do objeto do *mandamus* coletivo, prevalece o entendimento de que abrange tanto os direitos coletivos em sentido estrito, como os direitos individuais homogêneos (XAVIER; DIAS, 2016, p. 154-155).

Todavia, há discussão no que tange à possibilidade da tutela de direitos difusos ou transindividuais, de natureza indivisível que sejam titulares pessoas indeterminadas e vinculadas por circunstâncias de fato, nos termos do artigo 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com a corrente restritiva, o *mandamus* não poderia tutelar tais direitos. Defendendo este entendimento, Ovídio Baptista da Silva afirmava não ser possível debater interesses difusos em sede de mandado de segurança coletivo, tendo em vista o caráter sumário e documental da ação. No seu entender, somente poderia ser defendido o direito líquido e certo, e não um mero interesse, pelo que, os interesses difusos não poderiam ser protegidos pelo mandado de segurança coletivo (SILVA, 1990, p. 131-145).

Sem levar em consideração a distinção entre direitos e interesses, surgiu um posicionamento mais brando, que admite a proteção dos direitos difusos através do mandado de segurança coletivo, quando impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional. Nesse sentido, não seria admitida a impetração por organizações sindicais, entidades de classe e associações

legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, pois, conforme dispõe a alínea b, do inciso LXX, do artigo 5º, da Carta Magna, ao ser impetrado por estes legitimados, o *writ* deve tratar da defesa dos seus associados ou membros.

Contudo, a maior parte da doutrina passou a defender a possibilidade de impetração do mandado de segurança coletivo para a tutela de qualquer interesse ou direito coletivo *lato sensu*, incluindo os difusos, na medida em que a defesa destes interesses está prevista expressamente na legislação e, estando equiparados interesses e direitos difusos, a natureza do mandado de segurança não pode servir se óbice à sua tutela por este meio (XAVIER; DIAS, 2016, p. 156).

Ada Pellegrini Grinover afirma que as alíneas do artigo 5º, inciso LXX, estão voltadas à tutela de todas as categorias de interesses e direitos (GRINOVER, 1990, p. 18-22).

Não obstante as posições divergentes, ao regulamentar o mandado de segurança coletivo, o legislador acolheu a posição restritiva, sustentada por Ovídio Baptista, e deixou de incluir os direitos difusos entre tutelados pelo *writ*.

Conforme previsão do parágrafo único, do artigo 21 da Lei n. 12.016/09, podem ser protegidos pela via do mandado de segurança coletivo os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica, assim como, os direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Em que pese a omissão legislativa, cuja intenção era de afastar a categoria de direitos difusos do alcance da proteção do mandado de segurança coletivo, o entendimento dominante dentre os doutrinadores é de que a lacuna legislativa não impede o manuseio do *mandamus* para a defesa de direitos difusos, pois, sendo um instrumento constitucional que objetiva a tutela dos direitos metaindividuais, deverá incluir todas as categorias de direitos coletivos (XAVIER; DIAS, 2016, p. 157).

Hermes Zanetti Júnior entende que qualquer legislação infraconstitucional ou interpretação restritiva serão inconstitucionais, pois, a interpretação da norma deverá ocorrer conforme a Carta Política, sendo vedado o retrocesso social na defesa dos interesses coletivos (ZANETTI JÚNIOR, 2006, p. 207-208).

Portanto, o mandado de segurança deve ser interpretado segundo o princípio da máxima efetividade, cabendo ser lembrada a previsão constante no artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a admissão de todas as espécies de ações capazes de tutelar de forma adequada os direitos e interesses protegidos pelo microsistema processual, não podendo ser excluído deste rol o *mandamus* coletivo.

De acordo com Teori Zavascki (ZAVASCKI, 2006, p. 207-208), existe divergência entre aqueles que entendem tratar-se o mandado de segurança coletivo de instrumento de defesa de direitos coletivos e direitos individuais e os que defendem tratar-se, apenas, de instrumento para a tutela coletiva de direitos subjetivos individuais, possuindo, este segundo posicionamento, a chancela do Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>.

A defesa dos interesses metaindividuais é admitida, ainda que de modo implícito, pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 83 e de forma explícita pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Eurico Ferraresi faz referência ao Estatuto da Criança e do Adolescente para reforçar o entendimento de que o *writ* na forma coletiva deverá servir à proteção e garantia dos direitos difusos. O parágrafo segundo, do artigo 212, da Lei n. 8.069/90, inserido no capítulo “Da Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos”, dispõe que caberá ação mandamental, regida pelas normas da Lei do Mandado de Segurança, em desfavor de atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público que lesem direito líquido e certo previsto na referida lei.

Assim, de acordo com Eurico Ferraresi, no âmbito do direito da infância e da juventude, quando houver lesão a direito líquido e certo, seja difuso, coletivo ou individual homogêneo, por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente no exercício de função pública, poderá ser impetrado o *mandamus* por qualquer dos legitimados (FERRASESI, 2009, p. 242-243).

Teori Zavascki leciona que a inovação trazida pelo inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição Federal foi a de transformar o mandado de segurança coletivo em instrumento para a tutela de direitos subjetivos individuais, e não propriamente de direitos coletivos. No seu entender, poderia ser denominado como uma nova espécie de ação coletiva de mandado de segurança (ZAVASCKI, 2006, p. 210-211).

<sup>4</sup> STF, Pleno – MS 20.936, Relator Ministro Sepúlveda Pertence – RTJ 142:446.

## 2 A LEGITIMIDADE ATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

No mandado de segurança coletivo, diferente do que ocorre na modalidade individual, o direito de agir é exercido por quem não é o verdadeiro titular da pretensão (AIRES FILHO, 1998, p. 33). Independente da legitimação, a função do *writ* é afastar ou evitar lesão a direito coletivo ou difuso, bastando a demonstração da ofensa a direito líquido e certo.

A legitimidade ativa é extraordinária, ocorrendo a substituição processual do efetivo titular do direito, sendo dispensável a autorização dos membros, associados ou filiados (MORAES, 2008, p. 166).

Conforme previsão do artigo 5º, inciso LXX, alíneas *a* e *b*, o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional ou organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Independente da legitimação, a função do remédio constitucional é afastar ou evitar lesão a direito coletivo ou difuso, bastando a demonstração da ilegalidade (direito líquido e certo).

Alguns autores entendem que o rol do inciso LXX do artigo 5º, da Constituição Federal não poderia ser interpretado de forma restritiva, de modo que outros legitimados poderiam decorrer do próprio texto constitucional e dos princípios e leis infraconstitucionais relacionados à tutela coletiva. Em contrapartida, outros possuem o entendimento de que o rol dos legitimados previstos pela Carta Magna e pela legislação específica seria taxativo.

Para ajuizar qualquer ação, não basta que o autor detenha legitimidade, sendo requisito indispensável o interesse de agir, mesmo no caso do substituto processual, que deverá ostentar interesse próprio, distinto e cumulado com o interesse do substituído.

No caso do *mandamus* coletivo, cumpre ser comprovada a existência de relação de pertinência e compatibilidade entre a razão de ser da entidade impetrante e o teor do direito lesado ou ameaçado de lesão (ZAVASCKI, 2006, p. 213-214).

Estando ausente este elo de referência entre o direito pleiteado e a razão de ser de quem o afirma, estará ausente uma das condições essenciais da ação.

## 2.1 PARTIDOS POLÍTICOS

O artigo 21, da Lei n. 12.016/09 dispõe que o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária.

Conforme lecionam Handel Martins Dias e José Tadeu Xavier,

A legitimação especial outorgada pela Constituição Federal aos partidos políticos reside, na feliz síntese de Nelson Nery Júnior, na função política por eles exercida. Os partidos políticos são essenciais para a conservação do Estado Democrático de Direito, pois se destinam a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição (XAVIER; DIAS, 2016, p. 160).

O partido político poderá impetrar mandado de segurança coletivo na defesa de seus membros ou da sociedade, sendo que, em qualquer dos casos, estará buscando proteger direitos de terceiros.

O legislador incluiu o requisito da pertinência do tema, limitando a legitimidade dos partidos políticos no mandado de segurança coletivo à defesa dos seus integrantes ou à finalidade partidária.

Os partidos políticos, com representação no Congresso Nacional, podem impetrar o *mandamus* para a proteção de qualquer direito líquido e certo relacionado com a sua finalidade institucional, quando violada por ato de autoridade ou agente no exercício de função pública.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Mandado de Segurança n. 197/DF, entendeu que o partido político não possui legitimidade para impetrar segurança coletiva em favor dos aposentados brasileiros, diante da impossibilidade de atuação legítima para defender em Juízo milhões de funcionários inativos, que não são, na sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizaram a impetração do mandado de segurança em seus nomes (AIRES FILHO, 1998, p. 34).

Teori Zavascki defende que, no que diz respeito aos partidos políticos, a norma constitucional não estabelece limites quanto à natureza dos direitos defensáveis. Em uma interpretação abrangente, não poderiam ser excluídos desta tutela os direitos transindividuais, conquanto tratem-se de direitos líquidos e certos e que estejam presentes os pressupostos de legitimação, relativos à per-

tinência entre o direito tutelado e os fins institucionais do partido político (ZAVASCKI, 2006, p. 209).

Seria adequado que “um partido político, cuja bandeira seja a proteção do meio ambiente natural, impetre mandado de segurança contra ato de autoridade lesivo ao equilíbrio ecológico” (ZAVASCKI, 2006, p. 209-210), sendo hipótese de segurança coletiva para tutelar direito transindividual, sem titular certo, pertencente a todos, consoante dispõe o art. 225, da Constituição Federal.

Entendimento em sentido contrário implicaria em desvirtuar a natureza dos partidos políticos, que não foram instituídos para satisfazer os interesses dos seus filiados, bem como, eliminaria a possibilidade do ingresso da segurança coletiva.

Portanto, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, estão legitimados a ingressar com a segurança coletiva com objetivos mais abrangentes, desde que estejam limitados à sua finalidade institucional e ainda que não pertencentes aos seus filiados (ZAVASCKI, 2006, p. 212-213).

Consoante entendimento esposado por Teori Zavascki, cumpre ao partido impetrante demonstrar o elo de compatibilidade entre o direito defendido e os fins institucionais ou programáticos do partido e, bem assim, comprovar a abrangência da limitação, requisito indispensável à demonstração do interesse de agir.

## 2.2 ORGANIZAÇÕES SINDICAIS, ENTIDADES DE CLASSE E ASSOCIAÇÕES

O artigo 21, da Lei n. 12.016/09 dispõe que o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Estes legitimados atuam em regime de substituição processual, hipótese de representação extraordinária, e não de representação dos interesses de seus associados, com legitimação legalmente autorizada, razão pela qual, não necessitam da autorização, individual ou de assembleia, tampouco da relação nominal dos substituídos no processo (MEDINA, 2012, p. 200).

Isso ocorre em razão do interesse jurídico, consistente na relação de pertinência e de compatibilidade entre o direito defendido, de titularidade dos associados ou filiados, e os fins institucionais.

A atuação das associações no *mandamus* coletivo é forma de legitimidade extraordinária, consoante entendimento pacificado pelo no Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 629, pela qual “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”.

Conforme o enunciado da Súmula n. 630 do STF, “a entidade de classe tem legitimidade para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.

Entendimento em sentido diverso terminaria por confundir o direito coletivo, de titularidade da categoria, com a tutela de direitos individuais, diminuindo a eficácia do mandando de segurança como instrumento de defesa coletiva.

Como antes referido, para impetrar mandado de segurança coletivo os legitimados deverão demonstrar a pertinência do tema, ou seja, a relação entre o objeto do *mandamus* e os fins institucionais.

O requisito da pertinência temática foi construído sob o fundamento jurídico e a lógica constitucional de que deve existir homogeneidade no atendimento aos direitos dos beneficiários, bem como de que o legitimado deve representar interesses convergentes a validar as pretensões apresentadas na ação (XAVIER; DIAS, 2016, p. 162).

Assim, as entidades atuam na defesa dos seus interesses institucionais ou estatutários, possuindo legitimação ordinária, porém, se o órgão coletivo impetrar mandado de segurança no interesse de apenas parte de seus filiados, sem que o interesse esteja relacionado com os objetivos institucionais, ocorrerá substituição processual ou legitimação extraordinária, na medida em que a entidade estará defendendo direito material de outrem (AIRES FILHO, 1998, p. 34).

As associações impetram o *mandamus* para tutelar direito dos associados. O ajuizamento de mandado de segurança coletivo para a defesa de direito próprio da associação, e não dos associados, é pretensão típica de mandado de segurança individual, por inexistir substituição processual como elemento caracterizador da ação coletiva.

O requisito temporal previsto pela Lei do Mandado de Segurança aplica-se somente às associações, consoante entendimento do STF, no julgamento do RE n. 198.919-DF.

### 3 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO LEGITIMADO A IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Dispõe o art. 127, da Constituição Federal, que 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.

Em seguimento, o art. 129, atribui como função institucional do *Parquet* a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Entretanto, o legislador originário não incluiu o Ministério Público no rol dos legitimados a impetrar segurança coletiva, existindo duas correntes opostas a respeito da possibilidade da ampliação da legitimação ativa no *mandamus* coletivo, a teoria restritiva e a teoria ampliativa, como adiante será visto.

#### 3.1 TEORIA RESTRITIVA

Os defensores da corrente restritiva entendem que o rol dos legitimados para impetrar mandado de segurança coletivo é taxativo, não havendo a possibilidade de qualquer interpretação diferente do texto legal.

O principal argumento utilizado pelos defensores da posição restritiva seria de que o constituinte, ao tratar da legitimidade ativa, trouxe um rol taxativo e, não havendo previsão legal do ingresso pelo Ministério Público, seria inadmissível a impetração do *mandamus* pelo *Parquet*.

A única regra prevista pela Carta Política no mandado de segurança coletivo foi a legitimação ativa, em rol expresso que não incluiu o Ministério Público (ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 165).

Nesse sentido, para os defensores deste posicionamento, somente os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as organizações sindicais, entidades de classe e associações estariam legitimados.

Outro ponto levantado seria que o mandando de segurança coletivo possui sistema distinto da Ação Civil Pública e da Ação Popular, na medida em que esta segunda admite a legitimidade ativa do cidadão e a primeira pode ter ajuizada por pessoas jurídicas de direito público, instituições e órgãos públicos e associa-

ções. Em contrapartida, a segurança coletiva inadmite a impetração pelo indivíduo e por entes públicos.

O Ministério Público possui legitimidade para propor Ação Civil Pública, cuja lide admite qualquer espécie de pedido, nos termos do artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor. Logo, seria desnecessário reconhecer a legitimação ativa do *Parquet* para impetrar mandado de segurança coletivo, quando as mesmas pretensões poderiam ser objeto de Ação Civil Pública.

Com efeito, o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor abrange tão somente os direitos e interesses protegidos pelo microssistema, admitindo todas as espécies de ações para a sua adequada e efetiva tutela, ficando fora da abrangência direitos líquidos e certos previstos em outras legislações específicas como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outro impeditivo seria o disposto pelo revogado artigo 6º, do Código de Processo Civil de 1973, pelo qual somente seria admitida a propositura de ação em nome próprio para a defesa de direito alheio nos casos expressamente autorizados em lei. Assim, o Ministério Público só poderia impetrar o *mandamus* se houvesse previsão legal.

Defendem a posição restritiva Hermes Zaneti Junior (ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 171-172) e Luiz Manoel Gomes Junior (GOMES JÚNIOR, 2009, p. 178), dentre outros.

Hermes Zaneti Júnior acredita que o rol estabelecido pela Constituição Federal é taxativo, podendo ser ampliado apenas através de lei ordinária, em razão da regra prevista pelo artigo 5º, parágrafo segundo, da Carta Magna, pelo qual é assegurada a ampliação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão (ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 171). E prossegue, afirmando que o rol dos legitimados é expresso, deixando pouco espaço para interpretações hermenêuticas.

No distante ano de 1990, O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança n. 21.059<sup>5</sup>, em voto de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu ser taxativo o rol dos legitimados à impetração do *mandamus*. Contudo, tratava-se de ação de autoria do Estado de Minas Gerais, restando firmado o entendimento, àquela época, de que não haveria legitimidade extraordinária do Estado-Membro para defender os interesses da sua respectiva população pela via do mandado de segurança coletivo. O entendimento foi justificado na estru-

<sup>5</sup> STF. Mandado de segurança n. 21059. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Pleno. Fonte: DJ 19.10.1990.

tura do federalismo, pela qual o estado-membro não é órgão de gestão ou de representação dos interesses da população.

Não se tratava, portanto, de ação impetrada pelo Ministério Público, razão pela qual não foram analisadas as peculiaridades das funções constitucionalmente atribuídas ao *Parquet*.

### 3.2 TEORIA AMPLIATIVA

De acordo com Paulo Roberto de Gouvêa Medina, “o mandado de segurança coletivo é uma versão especial do writ, destinada à proteção de direitos líquidos e certos comuns a um grupo social determinado ou, conforme o caso, a uma comunidade, no interesse dos quais a legitimação ativa é ampliada” (MEDINA, 2012, p. 199).

Os defensores da teoria ampliativa afirmam que a legitimidade do Ministério Público na impetração do *mandamus* coletivo seria decorrência lógica da própria Constituição Federal, que, no inciso III do artigo 129, atribui a esta instituição a proteção dos direitos difusos e coletivos.

O microsistema constitucional de tutela de interesses transindividuais, traduzido pelo conjunto de leis que se integra, quais sejam, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei do Mandado de Segurança e o Estatuto do Idoso acabam por corroborar a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos transindividuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos (XAVIER; DIAS, 2016, p. 163).

Nesse contexto, sendo atribuído ao *Parquet* a defesa dos interesses metaindividuais, tanto pela Carta Magna, quanto pela legislação infraconstitucional, não haveria razão a justificar a negativa da sua legitimidade à impetração do *mandamus* coletivo, inclusive de molde a consagrar a função que lhe foi imposta pelo constituinte, podendo utilizar quaisquer meios processuais para defender tais direitos e interesses.

Assim, a norma prevista pelo artigo 5º, inciso LXX, alíneas a e b da Constituição Federal seria meramente exemplificativa, e não exaustiva, tendo por objetivo a indicação de alguns legitimados, sem a definição de um rol taxativo.

A omissão do artigo 21, *caput*, da Lei n. 12.016/09, não afasta a legitimidade ativa do órgão ministerial, pois, embora não esteja expressamente autori-

zado, a sua legitimação seria decorrência imediata das finalidades institucionais definidas pelos artigos 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal e, pelo artigo 6º, VI<sup>6</sup>, da Lei Complementar n. 75/93, para o Ministério Público da União, e artigo 32, inciso I<sup>7</sup>, da Lei n. 8.625/93, na esfera estadual.

Outro ponto seria a natureza jurídica do *mandamus* coletivo, de ação coletiva, que em razão da destinação constitucionalmente conferida ao *Parquet*, na defesa dos interesses metaindividuais, haveria a possibilidade do ingresso de qualquer ação na proteção de tais direitos.

A legitimidade ativa do Ministério Público seria decorrência da sua definição constitucional, insculpida pelo artigo 127.

O artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor elegeu o Ministério Público como principal legitimado na defesa dos direitos homogêneos. Existem, ainda, outras hipóteses legais de legitimação do *Parquet* na defesa da tutela coletiva de direitos individuais e disponíveis, quais sejam, a Lei n. 7.913/89, que autoriza a propositura de ação de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários e o parágrafo único do artigo 46, da Lei n. 6.024/74, no ajuizamento de ação de responsabilidade por prejuízos causados aos credores por ex administradores de instituições financeiras (ZAVASCKI, 2006, p. 223-224).

Eduardo Alvim, Renan Thamay e Daniel Granado afirmam não haver óbices à ampliação do rol dos legitimados à impetração do *writ*, sobretudo pela previsão do Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 82 e 83. Tal entendimento não seria interpretar a Carta Política de acordo com a legislação infraconstitucional, mas aplicar a própria norma instituída pelo constituinte ao atribuir as finalidades institucionais do Ministério Público (ALVIM, 2014, p. 422).

Não parece coerente entender a impossibilidade da impetração do *mandamus* pelo Ministério Público, diante do microssistema da tutela coletiva e das possibilidades de legitimação advindas do ordenamento jurídico pátrio, sendo possível uma construção da legitimação pela via direta, quando necessária a tutela imediata do *Parquet*, assim como pela via indireta, em regime de sucessão processual, nas situações em que o Ministério Público deverá intervir nos casos

<sup>6</sup> Artigo 6º. Compete ao Ministério Público: inciso VI - impetrar habeas corpus e mandado de segurança;

<sup>7</sup> Artigo 32. Além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições: I - impetrar habeas-corpus e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes;

de desistência ou abandono de ação coletiva, aplicando-se, nestes casos, as regras da Ação Popular e da Ação Civil Pública.

Dentre os doutrinadores que defendem ser o rol do artigo 5º, inciso LXX meramente enunciativo estão Celso Antônio Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues, Rosa Maria de Andrade Nery (FIORILLO, 1996, p. 198), Sergio Ferraz (FERRAZ, 2006, p. 71-72), José Antônio Remédio (REMÉDIO, 2002, p. 523-524) e Gregório Assagra Almeida (ALMEIDA, 2003, p. 465-469).

No ano de 2007, através do Projeto de Emenda Constitucional n. 74/07, houve uma tentativa da inclusão do Ministério Público no rol dos legitimados à impetração do *mandamus* coletivo, no exercício das suas atribuições constitucionais. O projeto, da relatoria do Senador Demóstenes Torres, objetivava alterar a redação do inciso LXX, do art. 5º da Constituição Federal, para legitimar não apenas o Ministério Público, como também a Defensoria Pública, a impetrar mandando de segurança coletivo, no exercício de suas atribuições constitucionais. Na justificação da matéria, foi argumentado que “a legitimidade outorgada pelo texto constitucional para a impetração do mandado de segurança coletivo não abrange o Ministério Público, retirando valiosa ferramenta de persecução judicial dos interesses da sociedade da órbita do alcance de uma das principais instituições democráticas de que dispomos”<sup>8</sup>.

Houve parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, sendo destacada a extensão da legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo ao Ministério Público e à Defensoria Pública, cuja ampliação dos legitimados dotaria estes dois entes de melhores instrumentos para o desempenho de suas atribuições voltadas para a persecução judicial dos legítimos interesses da sociedade.

Contudo, em dezembro de 2014 a PEC foi arquivada, com fulcro no artigo 332, do Regimento Interno do Senado Federal, o qual dispõe que ao final da legislatura são arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de o Ministério Público ajuizar qualquer ação coletiva admitida pelo microsistema de tutela coletiva, contudo, tais acórdãos não trataram especificamente do mandado de segurança coletivo<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Informações disponíveis em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/82169>

<sup>9</sup> STJ. Recursos especiais n. 427140 e n. 736524. 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Fonte: DJ 25/08/2003 e 03/04/2006.

Ao julgar o REsp 700.206/MG, o Ministro Luiz Fux afirmou que<sup>10</sup>

O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatio ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo.

Em consequência, legitima-se o *Parquet* a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material ou imaterial.

Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

De ser destacado, ainda, o julgamento do Agravo Regimental, no agravo em Recurso Especial n. 746.846/RJ, julgado em 15 de dezembro de 2005, em cujo voto de relatoria do Ministro Herman Benjamin, foi destacado que “Para o STJ, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatio ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. Em consequência, legitima-se o *Parquet* a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material ou imaterial”.

Também o artigo 42, do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual, idealizado por Ada Pellegrini Grinover, seguia este entendimento, ao conferir legitimidade ativa ao Ministério Público no mandado de segurança coletivo. Através deste artigo seria regulamentada a legitimidade do *Parquet* e a Defensoria Pública para a impetração de *mandamus*.

Todavia, o projeto de lei foi encaminhado à Câmara dos Deputados e o dispositivo foi suprimido, eis que já existente a Lei n. 12.016/09, que regulamenta o mandando de segurança coletivo (ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 194).

O Projeto de Lei n. 222/2010, de autoria do Senador Valter Pereira, buscava suprir a deficiência da Lei do Mandado de Segurança, alterando-a para disciplinar as exigências para impetração do mandado de segurança. Estabelecia que a ilegitimidade da autoridade coatora não seria justificativa para a extinção do processo, que a Manifestação do Ministério Público seria obrigatória toda vez que o direito ou interesse reclamado pelo impetrante o justificar e nos casos de

<sup>10</sup> REsp 700.206/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 19/03/2010.

mandado de segurança coletivo, que o Ministério Público da União e o Ministério Públicos dos Estados poderão editar atos normativos sobre as condições que justificam a sua intervenção, que a sentença que conceder o mandado de segurança pode ser cumprida provisoriamente. Dispunha que os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo poderiam ser difusos, coletivos ou individuais homogêneos, que partido político com representação na Assembleia Legislativa dos Estados ou do Distrito Federal ou em Câmara de Vereadores têm legitimidade ativa para propor o mandado de segurança, bem como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil, observadas suas finalidades institucionais.

Em dezembro de 2014 o projeto de Lei n. 222/2010 foi arquivado, com fundamento no artigo 332, do Regimento Interno do Senado Federal<sup>11</sup>.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Embora constem como legitimados no rol do inciso LXX, do artigo 5º da Constituição Federal e na Lei n. 12.016/2009 apenas partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações, conforme a posição ampliada e utilizando-se a denominada legitimação conglobante, existem outros legitimados à tutela dos interesses metaindividuais pela via da segurança coletiva, com fulcro no próprio texto constitucional, havendo, inclusive, o reconhecimento desta possibilidade pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados.

A ampliação do rol de legitimados ativos no mandado de segurança coletivo acaba por redefinir e ampliar o seu objeto, pois, é atribuição institucional do Ministério Público a salvaguarda dos interesses difusos.

Inexiste norma no ordenamento jurídico brasileiro que impeça a utilização do mandado de segurança coletivo para que o Ministério Público defenda interesses coletivos, no exercício dos seus desígnios institucionais de proteção de direitos difusos, seja pela Constituição Federal, seja pela legislação infraconstitucional.

Assim, conclui-se que o Ministério Público pode promover todas as espécies de ações coletivas capazes de salvaguardar a adequada tutela dos direitos coletivos, inexistindo razão para não se estender a garantia fundamental do mandado de segurança coletivo.

<sup>11</sup> Informação disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97900>

## REFERÊNCIAS

AIRES FILHO, Durval. **As dez faces do mandado de segurança**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Wilian. **Processo Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo : Saraiva, v. 1, 1989.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Manual de Processo Coletivo, Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

DIDIER JR, Fredie. (Coord.). **Ações Constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2011.

FERRARESI, Eurico. **Do Mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. **Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo**: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de Segurança**: individual e coletivo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1985.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

XAVIER, José Tadeu Neves; DIAS, Handel Martins. Apontamentos sobre o mandado de segurança coletivo. In: GAVIÃO FILHO, Anizio; LEAL, Rogério Gesta. (Orgs.). **Coleção tutelas à efetivação de direitos indisponíveis**. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 149-172.

ZANETI JR., Hermes. Mandado de Segurança Coletivo. In: DIDIER JR, Fredie (Org). **Ações Constitucionais**. 5. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodium, 2011, p. 155-214.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

# RESERVA DE VAGAS PARA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EM CONCURSOS PÚBLICOS: CRITÉRIOS LEGAIS E DECISÕES JUDICIAIS

RESERVATION OF POSITIONS FOR PEOPLE WITH DISABILITIES  
IN CIVIL SERVICE EXAMINATIONS: LEGAL CRITERIA AND  
JUDICIAL DECISIONS

**Jesce John da Silva Borges**

*Mestre em Geotecnia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)  
Analista do Ministério Público de Pernambuco (MPPE)*

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo apresentar o cenário da inclusão da pessoa com deficiência no setor público e, principalmente, elucidar o cálculo da reserva de vagas aplicado nos concursos públicos segundo o regramento do Decreto n. 9.508/2018. Além disso, busca expor os equívocos matemáticos que resultam na ilegalidade dos entendimentos jurisprudenciais. A partir do Relatório Anual de Informações Sociais – (RAIS Cota PcD), disponibilizado pelo Ministério do Trabalho e Empregos – (MTE), foi possível obter os dados de inclusão para o ano de 2016, mediante a elaboração de tabelas a serem utilizadas como recurso para permitir a análise sistemática do cálculo da reserva de vagas. O resultado apresentado permite concluir que o percentual de inclusão no setor público é irrisório, sendo de apenas 0,33%. Todos os critérios que norteiam a reserva de vagas, que estão devidamente expressos no decreto garantem às pessoas com deficiência o direito da destinação da 2ª vaga do bloco, este definido pelo percentual adotado no certame. Diversas ilegalidades foram detectadas nos entendimentos jurisprudenciais, sendo todas decorrentes de equívocos matemáticos devido à interpretação dada ao limite máximo de 20% previsto no § 2º do art. 5º da Lei 8.112/1990, resultando em sérios prejuízos às pessoas com deficiência. Tal situação requer atenção especial do Ministério Público, haja vista que envolve sua área de atuação, qual seja, a proteção das pessoas com deficiência.

**Palavras-chave:** Pessoa com deficiência. Concurso público. Reserva de vagas. Nomeação.

**ABSTRACT:** This article aims to present the scenario of the inclusion of people with disabilities in the public sector and, especially, to elucidate the calculation of the reservation of positions applied in civil service examinations according to the determinations of Decree No. 9.508 / 2018. In addition, it seeks to expose the mathematical misconceptions that result in the illegality of jurisprudential understandings. Based on the Annual Social Information Report – RAIS Cota PcD offered by the Ministry of Labor in Employment – MTE, it was possible to obtain the data on inclusion for the year 2016, with the creation of tables to be used as a resource to allow the systematic analysis of the calculation of the reservation of positions. The result shows that the percentage of inclusion in the public sector is negligible, being only 0.33%. All the criteria guiding the reservation of positions, duly expressed in the decree, guarantee to persons with disabilities the right to the 2nd position in the block, defined by the percentage adopted in the examination. Several illegalities have been detected in the jurisprudential understandings, all of which are due to mathematical errors caused by the interpretation given to the maximum limit of 20% set out in the second paragraph of art. 5 of Law 8.112/1990, resulting in serious harm to people with disabilities. This situation requires special attention from the Public Ministry, since it involves its area of action, which is the protection of this population.

**Keywords:** People with disabilities. Civil service examination. Reservation of position. Naming.

Enviado em: 02-03-2019

Aceito em: 08-05-2019

## INTRODUÇÃO

No mercado de trabalho, o tratamento diferenciado para as pessoas com deficiência, doravante PcDs, tem como objetivo garantir a efetiva igualdade de oportunidades, alcançando assim a igualdade material e a justiça social. A reserva de vagas em concursos e seleções públicas surgiu como uma imposição constitucional para permitir a inclusão das PcDs no setor público, estando prevista no inciso VIII do art. 37 da Carta Magna (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal atribuiu à legislação ordinária a incubência de definir o percentual e os critérios de admissão das PcDs. Além disso, o inciso XIV do art. 24 estabeleceu a legislação da matéria como sendo competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal. Portanto, os Estados têm competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades desde que não exista lei federal sobre normas gerais.

Após uma década, sendo objeto de várias discussões na sua elaboração, surge o Decreto n. 3.298/1999 (BRASIL, 1999), de forma a atender o comando constitucional e regulamentar a Lei n. 7.853/1989 (BRASIL, 1989), estabelecendo assim as normas gerais para proteção das PcDs. De acordo com art. 37 do referido decreto, a reserva de vagas em concurso público deve obedecer ao regramento contido nos § 1º e § 2º, ou seja, mínimo de 5% e, caso a aplicação desse percentual resultar em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

Matematicamente, o resultado dessa disposição legal permite afirmar que as PcDs têm direito, obedecida a ordem de classificação, a 2ª, 22ª, 42ª, 62ª vagas e assim sucessivamente, a cada bloco de 20 candidatos. Contudo, um único artigo contido na Lei n. 8.112/1990 (BRASIL, 1990), que trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, acabou repercutindo no critério de reserva de vagas de maneira extremamente negativa acarretando equívocos matemáticos nas decisões judiciais.

No âmbito federal, o entendimento formulado nas jurisprudências das Cortes Superiores é que, visando respeitar o limite máximo de 20% (Lei n. 8.112/90) e buscando garantir a razoabilidade na aplicação do mínimo de 5% (Decreto n. 3.298/1999), o surgimento da primeira vaga para o candidato com deficiência acontece apenas na 5ª vaga aberta. Essa interpretação é sustentada pela ideia

de que a oferta de apenas 2 vagas, sendo uma destinada à PcD, representaria uma reserva de 50%, com isso, acarretaria suposta desproporcionalidade.

No Supremo Tribunal Federal, esse entendimento está contido no MS 26310 – Mandado Segurança (BRASIL, 2007) com ementa transcrita, *in verbis*:

CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS - TRATAMENTO IGUALITÁRIO. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições. CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DISCIPLINA E VIABILIDADE. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas.

Cabe transcrever o trecho do voto do Ministro Marco Aurélio Mello:

Ora, considerado o total de vagas no caso – duas –, não se tem, aplicada a percentagem mínima de cinco ou a máxima de vinte por cento, como definir vaga reservada a teor do aludido inciso VIII. Entender-se que um décimo de vaga ou mesmo quatro décimos, resultantes da aplicação de cinco ou vinte por cento, respectivamente, sobre duas vagas, dão ensejo à reserva de uma delas implica verdadeira igualização, olvidando-se que a regra é a não-distinção entre candidatos, sendo exceção a participação restrita, consideradas vagas reservadas. Essa conclusão levaria os candidatos em geral a concorrerem a uma das vagas e os deficientes, à outra, majorando-se os percentuais mínimo, de cinco por cento, e máximo, de vinte por cento, para cinquenta por cento. O enfoque não é harmônico com o princípio da razoabilidade.

O resultado disso foi o surgimento de dois entendimentos comumente observados nos concursos públicos. O primeiro deles no sentido de que, obedecendo à ordem de classificação, o candidato com deficiência ocuparia a 5ª, 25ª, 45ª, 65ª vagas e assim sucessivamente, a cada bloco de 20 candidatos. Já o segundo, que, obedecendo à ordem de classificação, o candidato com deficiência ocuparia a 5ª, 21ª, 41ª, 61ª vagas e assim sucessivamente, a cada bloco de 20 candidatos.

Destarte, percebe-se que o art. 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/1990 (BRASIL, 1990) passou a ser o critério norteador dos concursos públicos, chegando ao ponto de prevalecer sobre todos os critérios expressos no Decreto n. 3.298/1999 (mínimo de 5% e o arredondamento do número fracionado), bem como no recente Decreto n. 9.508/2018 (BRASIL, 2018).

A restrição imposta pela interpretação equivocada do limite de 20% desponta como o principal responsável pela desobediência aos princípios que pautam

o concurso público (a legalidade, a igualdade, a impessoalidade, a proporcionalidade e a razoabilidade). A destinação da 5ª vaga permitiu que os administradores públicos manipulassem o número de vagas ofertadas até 04 de modo excluir as PcDs. Essa problemática não é perceptível em concursos com grande número vagas por cargo (baixa ocorrência, por exemplo: cargos sem especialidade), mas para aqueles que possuem pequena oferta de vagas (alta ocorrência, por exemplo: cargos com especialidades), esta situação fica evidente.

A título de exemplo, tem-se o concurso público da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Edital n. 45/2018, publicado no Diário Oficial da União em 13 de agosto de 2018. O certame teve a oferta de 131 vagas para o cargo de professor, sendo dividida em várias especialidades, porém nenhuma vaga foi destinada à PcDs, devido ao entendimento do limite de 20% (destinação da 5ª vaga).

Para esse caso concreto, de acordo com dados<sup>1</sup> obtidos por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI), Lei n. 12.527/2011 (BRASIL, 2011), constatou-se que a participação de PcDs no quadro de pessoal da UFPE é de apenas 0,96% (62 PcDs) do total de 6.470 servidores, resultando em um déficit de 262 PcDs, tomando como referência o mínimo de 5%. Percebe-se que o cenário do quadro da UFPE não alcança sequer 1% de inclusão de PcDs. Essa realidade reflete a situação atual da inclusão da PcD no setor público.

O surgimento do Decreto n. 9.508/2018 (BRASIL, 2018a) teve como objetivo atualizar e regulamentar a reserva de vagas para PcD. Contudo, essa norma específica não tem sido aplicada nos certames públicos, pois seus critérios são totalmente frustrados no momento da aplicação equivocada do limite de 20%, tornando-a totalmente inexecutável.

Diante dessa problemática, além de apresentar o cenário da inclusão no setor público, o presente trabalho tem como objetivo principal elucidar os critérios expressos no Decreto n. 9.508/2018 (BRASIL, 2018), bem como expor as ilegalidades oriundas da aplicação equivocada do art. 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/1990 (BRASIL, 1990). Antes disso, é importante apresentar a evolução conceitual de PcD.

<sup>1</sup> Por meio do site Acesso à Informação do Governo Federal (<http://www.acessoainformacao.gov.br/>), foi solicitado à UFPE informações sobre o quantitativo de servidores com e sem deficiência, sendo registrado através do protocolo 23480020831201885.

## 1 NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Na análise histórica da legislação brasileira, o conceito de PcD passou por significativas transformações. Primordialmente, a Lei 8.742/1993 (BRASIL, 1993) definiu a PcD, para efeitos do benefício, como aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. Percebe-se que esse conceito enfatiza a ideia de incapacidade, supondo que a PcD fosse desprovida de potencial e de aptidão para desempenhar as atividades da vida diária e laboral.

Em seguida, o conceito foi alterado pelo artigo 3º do Decreto n. 3.298/1999 (BRASIL, 1999), com a redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004 (BRASIL, 2004), que regulamenta a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, definindo como deficiência “[...] toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”. Nota-se que os conceitos apresentados são fundados exclusivamente em critérios médicos.

Contudo, novos parâmetros surgiram com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, patrocinada pela Organização das Nações Unidas – (ONU), sendo esta ratificada pelo Brasil em 1º de agosto de 2008, e promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009). Com isso, a Convenção trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, com *status* constitucional, um novo conceito de PcD:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2009).

Dessa vez, a conceituação da deficiência apresenta-se mais adequada à tendência atual de inclusão da PcD, visto que não equipara a deficiência com incapacidade, bem como passou a considerar, além do aspecto médico, o aspecto social. Nesse sentido, Ricardo Tadeu Marques da Fonseca assim discorre:

(...) o próprio conceito de pessoa com deficiência incorporado pela Convenção, a partir da participação direta de pessoas com deficiência levadas por Organizações Não Governamentais de todo o mundo, carrega forte relevância jurídica porque incorpora na tipificação das deficiências, além dos aspectos físicos, sensoriais, intelectuais e

mentais, a conjuntura social e cultural em que o cidadão com deficiência está inserido, sendo nestas o principal fator de cerceamento dos direitos humanos que lhe são inerentes. (FONSECA, 2008).

O surgimento do novo conceito fez com que a Lei 8.742/1993 (BRASIL, 1993) fosse alterada pela Lei n. 12.435/2011 (BRASIL, 2011a). Nessa mesma esteira, o Decreto n. 7.612/2011 (BRASIL, 2011b), que instituiu o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, também trouxe a definição de PcD em consonância com a Convenção da ONU. Posteriormente, foi a vez da Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência, a Lei n. 13.146/2015 (BRASIL, 2015), que trouxe um modelo que abrange os fatores biológicos, psicológicos e sociais.

Fica evidente a mudança no conceito jurídico de PcD, pois inicialmente foi adotado o modelo médico, passando pelo social, e alcançando o biopsicossocial, trazido pela Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Percebe-se que o legislador brasileiro vem buscando consolidar o conceito de PcD trazido pela Convenção da ONU, porém cabe salientar que deficiência ainda é um conceito em constante evolução, além de bastante genérico. Sendo assim, deve ser verificado e atualizado de acordo com o contexto histórico em que se encontra inserido.

Cabe salientar que ainda não houve a regulamentação da avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, conforme prevista no § 1º do art. 2º da Lei n. 13.146/2015 (BRASIL, 2015), descumprindo assim o prazo contido no art. 124 da referida lei. Dessa forma, enquanto ocorre a discussão sobre os critérios que deverão ser utilizados na regulamentação da avaliação biopsicossocial, o enquadramento da PcD ainda vem sendo avaliado pelo modelo anterior.

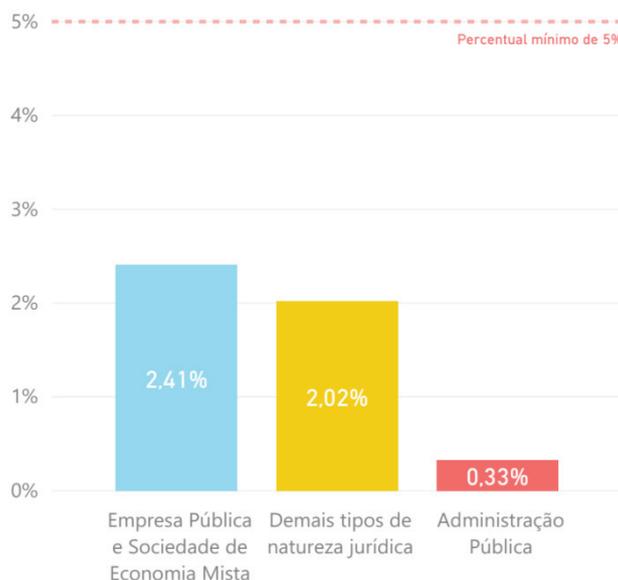
Diante de todas essas discussões conceituais e regulamentares, não se pode perder o foco quanto à efetividade das legislações consagradas de proteção às PcDs presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Na área laboral, a falta de cumprimento das normas que garantem o direito da reserva de vagas vem sendo objeto de muita preocupação, principalmente no setor público.

## **2 CENÁRIO DA INCLUSÃO NO SETOR PÚBLICO**

Segundo dados do Relatório Anual de Informações Sociais (RAIS) Cota PcD (BRASIL, 2016) disponibilizados pelo Ministério do Trabalho e Empregos

(MTE), constatou-se que, para o ano de 2016, o Brasil apresenta percentual de inclusão de 0,33% para Administração Pública, 2,41% para Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista e 2,02% para Empresas privadas, **Figura 01**.

**Figura 01:** Cenário da Inclusão no Brasil para o ano de 2016, segundo dados do sistema RAIS Cotas PcD (BRASIL, 2016).



Fonte: Autor.

Em relação ao mínimo de 5%, o déficit é de 4,67%, 2,59% e 2,98% que representam as seguintes quantidades de PcDs faltantes no quadro de pessoal: 433.887, 20.320 e 504.874 PcDs, respectivamente, **Tabela 01**. Salienta-se que os dados do sistema RAIS Cotas PcD são oriundos das informações fornecidas pelos próprios estabelecimentos ao MTE. No caso de 2016, o número total de estabelecimentos foi de 329.225, sendo 12.808, 24.473 e 291.944 para a Administração Pública, Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista e Empresas privadas, respectivamente.

**Tabela 01:** Dados sobre a inclusão no Brasil, segundo dados contidos no relatório do RAIS Cotas PcD para o ano de 2016 (BRASIL, 2016).

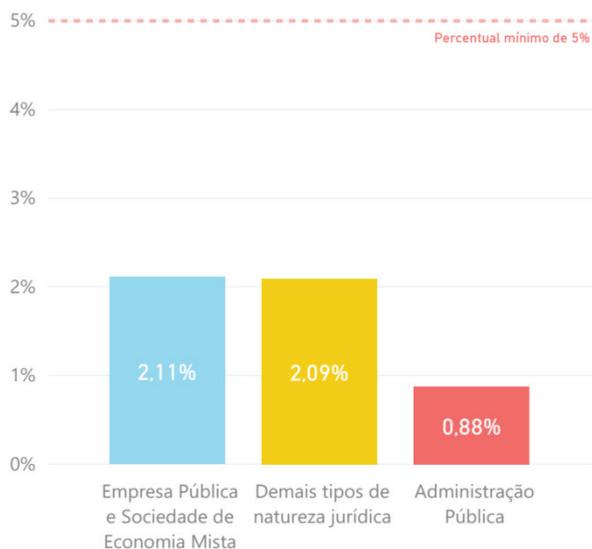
<b>Tipo de estabelecimento</b>	<b>Total de vínculos (1)</b>	<b>N. de PcDs (declarados) (2)</b>	<b>% de inclusão no quadro (3) = (2)/(1)</b>	<b>Déficit em relação ao mínimo de 5% (4) = 5% - (3)</b>	<b>N. PcDs faltantes para alcançar o mínimo de 5% (5) = {5%*(1)} - (2)</b>
Administração Pública	9.281.286	30.178	0,33%	4,67%	433.887
Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista	784.346	18.898	2,41%	2,59%	20.320
Demais tipos de natureza jurídica	16.940.506	342.152	2,02%	2,98%	504.874
<b>Total</b>	<b>27.006.138</b>	<b>391.228</b>			<b>959.081</b>

Fonte: Autor.

Percebe-se que o cenário de inclusão da pessoa com deficiência no setor público apresenta dados assustadores, tendo um percentual ínfimo. Existe uma discrepância absurda em relação ao mínimo legal de 5%, não alcançado sequer 1%.

No caso do Estado de Santa Catarina, a situação é semelhante. O percentual de inclusão é de 0,88% para a Administração Pública, 2,11% para Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista e 2,09% para Empresas privadas, **Figura 02.**

**Figura 02:** Cenário da Inclusão em Santa Catarina para o ano de 2016, segundo dados do sistema RAIS Cotas PcD (BRASIL, 2016).



Fonte: Autor.

Em relação ao mínimo de 5%, o déficit é de 4,12%, 2,89% e 2,91%, que representam as seguintes quantidades de PcDs faltantes no quadro de pessoal: 10.756, 388 e 23.149 PcDs, respectivamente, **Tabela 02**.

**Tabela 02:** Dados sobre a inclusão no Estado de Santa Catarina, segundo dados contidos no relatório do RAIS Cotas PcD para o ano de 2016 (BRASIL, 2016).

Tipo de estabelecimento	Total de vínculos (1)	N. de PcDs (declarados) (2)	% de inclusão no quadro (3) = (2)/(1)	Déficit em relação ao mínimo de 5% (4) = 5% - (3)	N. PcDs faltantes para alcançar o mínimo de 5% (5) = {5%*(1)} - (2)
Administração Pública	260.813	2.285	0,88%	4,12%	10.756
Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista	13.415	283	2,11%	2,89%	388
Demais tipos de natureza jurídica	795.974	16.650	2,09%	2,91%	23.149
<b>Total</b>	<b>1.070.202</b>	<b>19.218</b>			<b>34.293</b>

Fonte: Autor.

Baseado nesses dados, também é possível verificar que o setor privado é bem mais inclusivo do que o setor público. Essa situação é contraditória, levando em consideração que o setor público é o grande responsável pela implementação e efetivação das políticas públicas. Segundo a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Decreto n. 6.949/2009 (BRASIL, 2009), no setor público, o Estado tem o papel de empregador (art. 27, alínea “h”), enquanto que para o setor privado o Estado tem o papel de promotor (art. 27, alínea “g”).

É importante salientar que a maior inclusão no setor privado é decorrente da contratação por obrigação legal, pois a fiscalização do MTE aplica multa para as empresas que descumprem o percentual mínimo estabelecido no art. 93 da Lei 8.213/1991 (BRASIL, 1991). Por outro lado, no setor público existe um descaso, pois não há fiscalização quanto à obediência ao percentual mínimo no seu quadro existente.

### 3 CRITÉRIO LEGAL DE RESERVA DE VAGAS

Fundamentado no art. 34 e 35 da Lei n. 13.146/2015 (BRASIL, 2015), o Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Toffoli, no exercício do cargo de Presidente da República, publicou o Decreto n. 9.508, de 24 de setembro de 2018, que estabelece percentual de cargos e de empregos públicos reservados às PcDs, ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. O surgimento desse novo decreto revogou o art. 37 ao art. 43 do Decreto n. 3.298/1999 (BRASIL, 1999).

Segundo a normativa, o cálculo da reserva de vaga deve obrigatoriamente respeitar 6 (seis) critérios devidamente expressos. 1º Critério: igualdade de oportunidades (art. 1º); 2º Critério: reserva mínima de 5% (§ 1º do art. 1º); 3º Critério: arredondamento do número fracionado (§ 3º do art. 1º); 4º Critério: sistemática de convocação dos candidatos classificados, respeitado o percentual (art. 3º, inciso V); 5º Critério: alternância, respeitando o percentual (art. 8º, §

1º) e 6º Critério: proporcionalidade, respeitando o percentual (art. 8º, § 1º). Todos esses critérios devem ser aplicados respeitando a ordem de classificação e o percentual adotado no concurso público, sendo 5% o percentual mínimo a ser obedecido impreterivelmente.

De modo a facilitar a compreensão e permitir a visibilidade do atendimento de todos os critérios citados na norma, a utilização de tabela surge como melhor recurso. Sendo assim, as tabelas que serão apresentadas neste artigo apresentam uma estrutura didática.

Preliminarmente, é importante apresentar as características das tabelas. Objetivando permitir a fácil localização da célula no momento da explanação. A parte superior da tabela teve suas colunas numeradas, bem como as linhas na parte lateral esquerda. A identificação da célula será feita na seguinte ordem: número da linha seguido da letra "L" e número da coluna seguido da letra "C". Exemplo: 2L3C, significa a 2ª Linha da 3ª Coluna.

A 1ª Coluna contém o número de vagas que será ofertado para cada cargo/especialidade, a 2ª Coluna contém o quantitativo de candidatos da lista geral - ampla concorrência, ou seja, candidatos sem deficiência (não PcD), enquanto que a 3ª Coluna contém o quantitativo de candidatos da lista especial, candidatos com deficiência (PcD).

Logo abaixo do texto de cada coluna, encontra-se a operação matemática utilizada. Por exemplo: 1ª Coluna (1) é igual à soma da 2ª Coluna (2) com a 3ª Coluna (3), resultando em  $(1) = (2) + (3)$ . A 4ª Coluna (4) apresenta o resultado da operação de multiplicação entre o número de vaga ofertada (1) e o percentual adotado no certame, resultando em  $(4) = (1) \times \text{percentual adotado}$ . A 5ª Coluna (5) contém o arredondamento do resultado da 4ª Coluna (4) para o próximo número inteiro subsequente, resultando em  $(5) = \text{arred} (4)$ .

A 6ª Coluna (6) apresenta, em porcentagem, o resultado da divisão entre o quantitativo de candidato com deficiência (3) e o número de vagas ofertadas para o cargo/especialidade (1), resultando em  $(6) = (3) / (1)$ . É imprescindível

salientar que as porcentagens contidas nessa coluna não representam o percentual adotado no certame, mas sim uma mera distribuição das porcentagens até o percentual efetivamente adotado. A falta de percepção do cenário expresso pela 6ª Coluna foi o que originou o equívoco das decisões judiciais.

A 7ª Coluna (7) faz uma análise simples de modo a verificar se foi ou não respeitado o percentual adotado no certame, resultando em  $(7) = (6) >$  percentual adotado.

Finalizando as características das tabelas, as células com fundo cinza representam a sequência das nomeações dos candidatos segundo a ordem de classificação.

Ante o exposto, será demonstrado o cálculo de reserva de vaga. A título de exemplo, será utilizado um concurso público qualquer da Administração Pública Federal, em que o edital adotou o percentual mínimo da norma, ou seja, 5%. Após definição do percentual, tem-se definido o bloco de candidatos utilizado no certame. Considera-se bloco<sup>2</sup>, o resultante da divisão entre cem (100) e o quantitativo de percentual adotado. No caso de 5%, o bloco será de 20 candidatos<sup>3</sup> ( $100/5 = 20$  candidatos).

A **Tabela 03** apresenta o primeiro bloco de candidatos, Bloco 01. Percebe-se que, após a criação da primeira vaga na lista geral (1L2C), o cenário sinaliza (1L7C) a necessidade de atender o percentual de 5%. Logo, a próxima vaga deverá ser destinada a PcD (2L3C), ou seja, passa-se para a lista especial. Ao atender o percentual de reserva, volta-se para lista geral (3L2C) para completar o quantitativo do bloco definido pelo percentual, ocorrendo assim a alternância das listas.

<sup>2</sup> Conceito transmitido na audiência pública pelo Auditor Fiscal do Trabalho Fernando André Sampaio Cabral, Coordenador do Projeto Estadual de Inclusão de Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em Pernambuco SRTE/PE (BRASIL, 2018).

<sup>3</sup> No caso de 10%, o bloco será de 10 candidatos ( $100/10 = 10$  candidatos), do mesmo modo que no caso de 20%, o bloco será de 5 candidatos ( $100/20 = 5$  candidatos).

**Tabela 03:** Bloco 01 para a situação de 5% como sendo o percentual de reserva adotado no concurso.

	1ª Coluna	2ª Coluna	3ª Coluna	4ª Coluna	5ª Coluna	6ª Coluna	7ª Coluna
<b>BLOCO 01</b>	<b>N. de vagas (1) = (2)+(3)</b>	<b>Lista geral Não PcD (2)</b>	<b>Lista especial PcD (3)</b>	<b>§ 1º do art. 1º (4) = (1) x 5%</b>	<b>§ 3º do art. 1º (5) = ar-red (4)</b>	<b>Distribuição das porcentagens (6) = (3) / (1)</b>	<b>Atende ao mínimo de 5%? (7) = (6) &gt; 5%</b>
1ª Linha	1	1	0	0,05	1,00	<b>0,00%</b>	<b>Não</b>
2ª Linha	2	1	1	0,10	1,00	50,00%	<b>Sim</b>
3ª Linha	3	2	1	0,15	1,00	33,33%	<b>Sim</b>
4ª Linha	4	3	1	0,20	1,00	25,00%	<b>Sim</b>
5ª Linha	5	4	1	0,25	1,00	20,00%	<b>Sim</b>
6ª Linha	6	5	1	0,30	1,00	16,67%	<b>Sim</b>
7ª Linha	7	6	1	0,35	1,00	14,29%	<b>Sim</b>
8ª Linha	8	7	1	0,40	1,00	12,50%	<b>Sim</b>
9ª Linha	9	8	1	0,45	1,00	11,11%	<b>Sim</b>
10ª Linha	10	9	1	0,50	1,00	10,00%	<b>Sim</b>
11ª Linha	11	10	1	0,55	1,00	9,09%	<b>Sim</b>
12ª Linha	12	11	1	0,60	1,00	8,33%	<b>Sim</b>
13ª Linha	13	12	1	0,65	1,00	7,69%	<b>Sim</b>
14ª Linha	14	13	1	0,70	1,00	7,14%	<b>Sim</b>
15ª Linha	15	14	1	0,75	1,00	6,67%	<b>Sim</b>
16ª Linha	16	15	1	0,80	1,00	6,25%	<b>Sim</b>
17ª Linha	17	16	1	0,85	1,00	5,88%	<b>Sim</b>
18ª Linha	18	17	1	0,90	1,00	5,56%	<b>Sim</b>
19ª Linha	19	18	1	0,95	1,00	5,26%	<b>Sim</b>
20ª Linha	20	19	1	1,00	1,00	5,00%	<b>Sim</b>

Fonte: Autor.

Cabe observar também o fiel cumprimento ao critério de arredondamento (5ª Coluna), pois todos os números fracionados (4ª Coluna) foram elevados ao primeiro número inteiro subsequente. Nota-se que o quantitativo da 3ª Coluna é exatamente igual ao quantitativo da 5ª Coluna, exceto no momento da transição (1L3C para 2L3C), pois este configura a obrigatoriedade (1L5C) da próxima vaga ser reserva para o candidato com deficiência (2L3C). Quanto às nomeações (células com fundo cinza), constata-se que, ao longo do Bloco 01, a sistemática de convocação dos candidatos guarda estrita obediência ao mínimo legal de 5% (6ª Coluna).

Verifica-se que, na 6ª Coluna, todas as posições do Bloco 01 atendem o percentual de 5% estabelecido na norma, bem como pode-se observar que ocorre a distribuição das porcentagens até chegar exatamente ao percentual adotado no certame, 20L6C (5%), representando o final do Bloco 01, momento em que se surge o Bloco 02, **Tabela 04**. De forma análoga, o Bloco 02 apresenta a sistemática de reserva de vagas e de nomeação perfeitamente atendidas, pois, após a criação da primeira vaga do Bloco 02 (1L2C), momento que sinaliza o desrespeito ao mínimo (1L6C), surge a obrigação de destinar a próxima vaga ao candidato com deficiência (2L3C).

**Tabela 04:** Bloco 02 para a situação de 5% como sendo o percentual de reserva adotado no concurso.

BLOCO 02	1ª Coluna	2ª Coluna	3ª Coluna	4ª Coluna	5ª Coluna	6ª Coluna	7ª Coluna
	N. de vagas (1) = (2)+(3)	Lista geral Não PcD (2)	Lista especial PcD (3)	§ 1º do art. 1º (4) = (1) x 5%	§ 3º do art. 1º (5) = arred (4)	Distribuição das porcentagens (6) = (3) / (1)	Atende ao mínimo de 5%? (7) = (6) > 5%
1ª Linha	21	20	1	1,05	2,00	4,76%	Não
2ª Linha	22	20	2	1,10	2,00	9,09%	Sim
3ª Linha	23	21	2	1,15	2,00	8,70%	Sim
4ª Linha	24	22	2	1,20	2,00	8,33%	Sim
5ª Linha	25	23	2	1,25	2,00	8,00%	Sim
6ª Linha	26	24	2	1,30	2,00	7,69%	Sim
7ª Linha	27	25	2	1,35	2,00	7,41%	Sim
8ª Linha	28	26	2	1,40	2,00	7,14%	Sim
9ª Linha	29	27	2	1,45	2,00	6,90%	Sim
10ª Linha	30	28	2	1,50	2,00	6,67%	Sim
11ª Linha	31	29	2	1,55	2,00	6,45%	Sim
12ª Linha	32	30	2	1,60	2,00	6,25%	Sim
13ª Linha	33	31	2	1,65	2,00	6,06%	Sim
14ª Linha	34	32	2	1,70	2,00	5,88%	Sim
15ª Linha	35	33	2	1,75	2,00	5,71%	Sim
16ª Linha	36	34	2	1,80	2,00	5,56%	Sim
17ª Linha	37	35	2	1,85	2,00	5,41%	Sim
18ª Linha	38	36	2	1,90	2,00	5,26%	Sim
19ª Linha	39	37	2	1,95	2,00	5,13%	Sim
20ª Linha	40	38	2	2,00	2,00	5,00%	Sim

Fonte: Autor.

Novamente, observa-se o fiel cumprimento ao critério do arredondamento (5ª Coluna). A **Tabela 05** apresenta o Bloco 03. Os blocos seguintes, Bloco 04, 05, 06..., obedecem à mesma sistemática.

**Tabela 05:** Bloco 03 para a situação de 5% como sendo o percentual de reserva adotado no concurso.

	1ª Coluna	2ª Coluna	3ª Coluna	4ª Coluna	5ª Coluna	6ª Coluna	7ª Coluna
<b>BLOCO 03</b>	<b>N. de vagas (1) = (2)+(3)</b>	<b>Lista geral Não PcD (2)</b>	<b>Lista especial PcD (3)</b>	<b>§ 1º do art. 1º (4) = (1) x 5%</b>	<b>§ 3º do art. 1º (5) = arred (4)</b>	<b>Distribuição das porcentagens (6) = (3) / (1)</b>	<b>Atende ao mínimo de 5%? (7) = (6) &gt; 5%</b>
1ª Linha	41	39	2	2,05	3,00	4,88%	Não
2ª Linha	42	39	3	2,10	3,00	7,14%	Sim
3ª Linha	43	40	3	2,15	3,00	6,98%	Sim
4ª Linha	44	41	3	2,20	3,00	6,82%	Sim
5ª Linha	45	42	3	2,25	3,00	6,67%	Sim
6ª Linha	46	43	3	2,30	3,00	6,52%	Sim
7ª Linha	47	44	3	2,35	3,00	6,38%	Sim
8ª Linha	48	45	3	2,40	3,00	6,25%	Sim
9ª Linha	49	46	3	2,45	3,00	6,12%	Sim
10ª Linha	50	47	3	2,50	3,00	6,00%	Sim
11ª Linha	51	48	3	2,55	3,00	5,88%	Sim
12ª Linha	52	49	3	2,60	3,00	5,77%	Sim
13ª Linha	53	50	3	2,65	3,00	5,66%	Sim
14ª Linha	54	51	3	2,70	3,00	5,56%	Sim
15ª Linha	55	52	3	2,75	3,00	5,45%	Sim
16ª Linha	56	53	3	2,80	3,00	5,36%	Sim
17ª Linha	57	54	3	2,85	3,00	5,26%	Sim
18ª Linha	58	55	3	2,90	3,00	5,17%	Sim
19ª Linha	59	56	3	2,95	3,00	5,08%	Sim
20ª Linha	60	57	3	3,00	3,00	5,00%	Sim

Fonte: Autor.

Constata-se, nos blocos, a perfeita obediência ao princípio da isonomia, pois é reconhecido o mérito dos primeiros classificados dos blocos (1º classificado do bloco da ampla concorrência, 1L2C, e da lista especial, 2L3C).

A exposição dos 3 primeiros blocos permite realizar a análise da proporcionalidade na reserva de vagas. Antes disso, é importante lembrar a definição de proporcionalidade. Trata-se de um conceito matemático que significa a mais simples e comum relação entre grandezas. A proporcionalidade<sup>4</sup> existe quando as relações entre as grandezas resultam em uma constante, sendo esta denominada de constante de proporcionalidade “k”.

Dito isso, objetivando verificar a existência de proporcionalidade na reserva de vagas, determina-se a constante de proporcionalidade de cada bloco de modo a constatar se o resultado das razões é uma constante. A checagem dos resultados está apresentada na **Tabela 06**.

**Tabela 06:** Análise da proporcionalidade.

Bloco	Valor do “k”	k x percentual adotado	Quantidade de PcD
Bloco 01	$k_1 = \frac{100}{5} = 20$	$k_1 \times 5\% = 20 \times 5\% = 01$	01
Bloco 02	$k_2 = \frac{100}{5} = 20$	$k_2 \times 5\% = 20 \times 5\% = 01$	01
Bloco 03	$k_3 = \frac{100}{5} = 20$	$k_3 \times 5\% = 20 \times 5\% = 01$	01
$k_1 = k_2 = k_3 \dots = 20$ (o resultado das razões é constante)			
<p style="text-align: center;"> <math>5\%</math>                      <math>5\%</math>                      <math>5\%</math>  <math>\underbrace{\hspace{1.5cm}}</math>                      <math>\underbrace{\hspace{1.5cm}}</math>                      <math>\underbrace{\hspace{1.5cm}}</math>  <b>Bloco 01</b>                      <math>\Rightarrow</math>                      <b>Bloco 02</b>                      <math>\Rightarrow</math>                      <b>Bloco 03</b> </p>			

Fonte: Autor.

<sup>4</sup> Existem dois tipos de proporcionalidade, a direta e a indireta. No caso da reserva de vagas, ocorre a proporcionalidade direta.

Verifica-se que todas as razões são equivalentes, ou seja, apresentam um valor final constante. Diante disso, pode-se afirmar que existe proporcionalidade no critério de reserva de vagas, sendo 20 o valor da constante de proporcionalidade.

O recurso da tabela permite uma visualização completa da reserva de vagas. De forma fácil e prática, é possível verificar o quantitativo de reserva para qualquer número de vagas ou nomeações pretendidas. Exemplo 01: oferta de 17 vagas. Ao consultar a **Tabela 03**, verifica-se que o total de 17 vagas está posicionado na 17L1C do Bloco 01. Portanto, serão reservadas 16 vagas para ampla concorrência (17L2C) e 01 vaga para PcD (17L3C). Em relação à nomeação (célula na cor cinza), esta inicia-se com o primeiro candidato da lista geral (1L2C), passando-se ao primeiro candidato da lista especial (2L3C). Em seguida, retorna-se à lista geral para completar o número de vagas ofertadas (17L2C).

Exemplo 02: concurso público com oferta de 35 vagas. Na **Tabela 04**, consta que o total de 35 vagas está posicionado na 15L1C do Bloco 2. Portanto, serão reservadas 33 vagas para ampla concorrência (15L2C) e 02 vagas para PcD (15L3C). Em relação à nomeação, inicia-se pelo Bloco 01, com o primeiro candidato da lista geral (1L2C), passando-se ao primeiro candidato da lista especial (2L3C). Em seguida, retorna-se à lista geral para completar o bloco (20L2C). Ocorre a mesma sistemática no Bloco 02.

De modo verificar a aplicação escorreita do Decreto n. 9.508/2018 (BRASIL, 2018), segue a análise de cada critério expresso na norma:

1º Critério (art. 1º) - igualdade de oportunidades: o princípio da isonomia é atendido no momento em que é reconhecido o mérito dos primeiros classificados do bloco. Nota-se que foi dada a oportunidade de ingresso no cargo público ao 1º classificado da lista geral (ampla concorrência), bem como ao 1º classificado da lista especial (pessoas com deficiência).

2º Critério (§ 1º do art. 1º) - reserva mínima de 5%: após o surgimento da primeira vaga na lista geral, momento em que se configura a desobediência ao percentual mínimo, surge a obrigação de reservar a próxima vaga à PcD. Feito isso, volta-se à lista geral para completar o quantitativo de candidatos que compõe o bloco. O resultado comprova o atendimento ao mínimo de 5% ao longo do bloco.

3º Critério (§ 3º do art. 1º) - arredondamento do número fracionado: a 4ª Coluna e a 5ª Coluna permitem constatar a perfeição no atendimento ao critério

do arredondamento. Todos os números fracionados resultantes da aplicação do percentual de reserva foram elevados ao primeiro número inteiro subsequente.

4º Critério (art. 3º, inciso V) - sistemática de convocação dos candidatos classificados, respeitado o percentual: claramente é possível observar que a sequência de nomeações ocorre de forma sistemática e em respeito ao percentual mínimo de 5% ao longo do bloco.

5º Critério (art. 8º, § 1º) - critério de alternância respeitando o percentual: as listas foram alternadas no momento em que se configurou a desobediência ao percentual mínimo de 5%.

6º Critério (art. 8º, § 1º) - critério de proporcionalidade respeitando o percentual: os blocos definidos pelo percentual de 5% apresentam a mesma constante de proporcionalidade ( $k = 20$ ). Constata-se que as razões são equivalentes e resultam em um valor constante, logo, existe proporcionalidade na reserva de vagas. É importante notar que a 6ª Coluna permite a visualização da distribuição das porcentagens até chegar exatamente ao percentual de reserva adotado no certame, no caso do exemplo, foi de 5%.

A reserva de vagas apresenta as seguintes características: legal, pois obedece estritamente às exigências da norma; matematicamente correta, visto que as operações matemáticas apresentam resultados lógicos e precisos; coerente, já que os blocos são constantes e regulares; constitucional, uma vez que atende aos princípios que pautam o concurso público (legalidade, igualdade, impessoalidade, proporcionalidade e razoabilidade) e inclusiva, pois possibilita a eficácia do comando constitucional.

Percebe-se que a segunda vaga de cada bloco, este definido pelo percentual adotado, é destinada ao candidato com deficiência. Nesse seguimento, Maria Aparecida Gugel, Subprocuradora-geral do Ministério Público do Trabalho e autora do Livro "Pessoas com Deficiência e o Direito em Concurso Público", assim discorre:

*A alternância e proporcionalidade são dois critérios indissociáveis para dar efetividade ao direito de acesso da pessoa com deficiência às vagas reservadas em concursos públicos, que ocorre por meio da nomeação, com a garantia de obediência pelo administrador público da ordem dos candidatos com deficiência classificados: a alternância ocorre entre as listas geral e especial (GUGEL, 2016, p. 176). O manejo das listas geral e especial deve ocorrer de forma alternada, iniciando-se pelo primeiro colocado da lista geral e passando, logo em seguida (o segundo lugar) para o primeiro colocado da lista especial, completando-se o preenchimento dos cargos com os can-*

didatos da lista geral e especial, segundo o número proporcional, decorrente do percentual aplicado, de candidatos com deficiência. (GUGEL, 2016, p. 177).

Enfatize-se que do manejo das listas geral e especial de forma alternada, iniciando-se as nomeações pelo primeiro colocado da lista geral e passando-se, logo em seguida ao primeiro colocado com deficiência da lista especial para ser nomeado em segundo lugar, é a única prática que atende ao princípio da isonomia e aos critérios delineados na norma. E assim o é, também, em relação às nomeações para todos os demais provimentos dos cargos, observando-se o outro critério indissociável da proporcionalidade. (grifo nosso), (GUGEL, 2016, p. 178).

Seguindo rigorosamente o mesmo entendimento, temos a decisão da Câmara Técnica<sup>5</sup> (BRASIL, 2002), composta por uma expressiva quantidade de entidades públicas, representantes de diversas localidades, que trataram especificamente do critério de nomeação para PcD em concursos públicos. Sendo reunidas na sede da Procuradoria Geral do Trabalho, apresentaram a solução preconizada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ATA CÂMARA TÉCNICA – CONCURSO PÚBLICO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA, NOS DIAS 18 E 19 DE NOVEMBRO DE 2002

“No momento da nomeação ou contratação, *devem ser chamados alternada e proporcionalmente os candidatos das duas listas*, prosseguindo-se até a caducidade do concurso. Para efeito de tornar compatível o princípio da reserva com a ordem de classificação, a convocação de forma alternada deve *iniciar-se com os candidatos da lista geral, passando-se ao primeiro da lista especial já no primeiro bloco de convocados* (conforme AC 248783, TRF-4ª Região, 3ª Turma, DJ 18 out. 2000), seja qual for o número de chamados, aplicando-se sempre a regra do art. 37, § 2º, do Decreto n. 3.298/99. (...) Caso o concurso, numa primeira convocação, seja destinado a apenas uma vaga, esta deve ser preenchida pelo candidato que consta em primeiro lugar na lista geral, *mas a próxima convocação deverá necessariamente ser destinada ao candidato da lista especial*. (grifo nosso).

Sendo assim, a reserva de vagas ou nomeação pode ser resumida na seguinte forma: o primeiro candidato com deficiência classificado no concurso será convocado para ocupar a 2ª vaga aberta, relativa ao cargo para o qual con-

<sup>5</sup> Câmara Técnica composta pela Coordenadoria Nacional de Integração da Pessoa com Deficiência, Ministério Público do Trabalho – MPT-PGT; Ministério Público do Trabalho – MPT-Campinas; Ministério Público do Trabalho – MPT-RJ; Ministério Público do Trabalho – MPT-BA; Ministério Público Federal de SP; Ministério Público Estadual de Minas Gerais-MPMG; Ministério Público Estadual de São Paulo-MPSP; Ministério Público Estadual de Mato Grosso - MPMT; Ministério Público Estadual de Goiás - MPMGO e Ministério Público Federal do Distrito Federal – MPDF.

correu; enquanto que os demais candidatos com deficiência classificados serão convocados para ocupar a 22<sup>a</sup>, 42<sup>a</sup>, 62<sup>a</sup> vagas, e assim sucessivamente a cada bloco de 20 candidatos, observada a ordem de classificação, enquanto houver ou surgirem vagas, durante o prazo de validade de concurso.

Cabe destacar que o Estado Santa Catarina, utilizando de sua competência prevista no inciso XIV, art. 24 da CF, bem como atendendo ao art. 2º, inciso III, alínea “d” da Lei Federal n. 7.853/1989 (BRASIL, 1989), estabeleceu a Lei n 17.292/2017 (SANTA CATARINA, 2017). Essa lei prevê em seu art. 68, § 1º e § 2º os dois critérios para a reserva de vagas para PcD, sendo eles o mínimo de 5% e o arredondamento do número fracionado para o primeiro número inteiro subsequente. A aplicação dos dois critérios está perfeitamente apresentada nos blocos das **Tabelas 03, 04 e 05**. Portanto, está em consonância com o Decreto n. 9.508/2018 (BRASIL, 2018).

#### 4 A ILEGALIDADE NA INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, § 2º, DA LEI Nº 8.112/1990

Frutos de decisões judiciais, surgiram dois tipos de reserva de vagas amplamente aplicados e difundidos nos concursos públicos realizados no âmbito Federal. Ambos têm como principal responsável o art. 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/1990 (BRASIL, 1990). Essa lei fez referência às PcDs em apenas um único artigo, estabelecendo que para essas pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

De imediato, percebe-se que a Lei n. 8.112/1990 (BRASIL, 1990) não conseguiu sequer definir o percentual de reserva, pois deixou grande margem à discricionariedade (Ex: 0,1% a 20%). Além disso, não estabeleceu os critérios de admissão da PcDs. O curto período de tempo destinado a seu debate também é outro indício para que seja afastada a correspondência à finalidade teleológica do comando constitucional. Também não buscou atender ao art. 2º, inciso III, alínea “d”, da Lei Federal n. 7.853/1989 (BRASIL, 1989). Enfim, a própria ementa da Lei n. 8.112/1990 não contribui para uma suposta tentativa de regulamentar a reserva de vagas, pois trata do regime jurídico dos servidores civis federais. Portanto, é possível afirmar que a lei não tem coerência com o inciso VIII do art. 37 da CF.

Nesse sentido, cabe transcrever o trecho da Opinião Técnica (BRASIL, 2018a) elaborada pelo Auditor Fiscal do Trabalho Fernando André Sampaio Cabral, Coordenador do Projeto Estadual de Inclusão de Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho, da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em Pernambuco SRTE/PE:

JUSTIFICATIVA DA NÃO APLICAÇÃO DO LIMITE MÁXIMO DE 20% DA RESERVA DE VAGAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NOS CONCURSOS PÚBLICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Doutrinariamente, são vários os fatores que fundamentam considerar como equivocada a ideia de que seja aplicável à Administração Pública Indireta da União ou para a Administração Pública Direta e Indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios, o limite máximo de 20% das vagas para pessoas com deficiência estipulado no artigo 5º, §2º, da Lei n. 8.112/90 e que, ao menos no artigo 5º, a Lei n. 8.112/90 regulamentou a Lei n. 7.853/89 (Política Nacional de inclusão de Pessoas com Deficiência):

(...)

d) A Lei n. 8.112/90 foi editada apenas um ano após a Lei n. 7.853/89 e a análise histórica indica a ausência desta intencionalidade de regulação da lei.

g) *O Decreto n. 3.298/1999 cujas normas foram objeto de muita discussão e demorou 10(dez) anos para ser editado e toma-se improvável a ideia da que a Lei n. 8.112/90 buscou regular, nesta seara, a Política Nacional (e não Federal) de Inclusão de Pessoas com Deficiência.* (grifo nosso).

Além das duas alíneas transcritas, o auditor apresenta mais 11 justificativas para a não aplicação do artigo 5º, §2º, da Lei n. 8.112/90, nos concursos da Administração Pública Estadual e Federal. Contudo, devido às jurisprudências das cortes superiores, a limitação de 20% passou a ser o critério norteador no cálculo da reserva de vagas, resultando em dois entendimentos os quais serão detalhados em seguida. De modo facilitar a identificação, serão denominados como Entendimento 01 e 02.

#### 4.1 ENTENDIMENTO 01: RESERVA DE VAGAS NA 5ª, 25ª, 45ª, 65ª VAGAS, E ASSIM SUCESSIVAMENTE

A jurisprudência entende que, buscando garantir razoabilidade à aplicação do disposto no Decreto n. 3.298/99, o referido diploma legal deve ser interpretado em conjunto com a Lei n. 8.112/90. Com isso, assevera que, em respeito ao limite de 20%, a reserva da primeira vaga surge na 5ª posição. A repercus-

são dessa interpretação deu origem às diversas formas de cálculo da reserva de vagas para PcD, sendo sempre norteado pela aplicação inicial do limite máximo de 20%; para em seguida, aplicar o critério do mínimo de 5%.

O entendimento pela reserva na 5ª, 25ª, 45ª, 65ª vagas, e assim sucessivamente, foi resultado dessa interpretação, conforme verificado na ementa do acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (BRASIL, 2009a):

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. ORDEM DE NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. 1. A norma inscrita no art. 37, VIII, da Constituição da República tem por finalidade resguardar o acesso de pessoas portadoras de deficiência a cargos e empregos públicos. 2. Com o escopo de dar efetividade ao referido preceito constitucional, em concursos públicos destinados à formação de cadastro de reserva, com previsão, no edital, de destinar 5% das vagas que viessem a surgir ao longo do prazo de validade do certame para candidatos portadores de deficiência, impõe-se atribuir a 5ª vaga que sobrevier para o deficiente e, em seguida, a 25ª, a 45ª, a 65ª, e assim por diante.

(...)

(AG 00661164220084010000, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, 5ª Turma, julgado em 15/7/2009, e-DJF1 31/07/2009)

Dito isso, esse entendimento será analisado obedecendo à mesma sistemática de apresentação por meio de tabelas. O Bloco 01, definido pelo percentual de 20%, está apresentado na **Tabela 07**. Percebe-se que as 4 primeiras posições expõem a desobediência ao critério do mínimo de 5% (1L7C, 2L7C, 3L7C e 4L7C), assim como ferem o critério do arredondamento, pois não houve a elevação do número fracionado ao primeiro número inteiro subsequente. Nas 4 primeiras linhas, nota-se que o quantitativo da 3ª Coluna é incompatível com o quantitativo da 5ª Coluna. O limite de 20% seria a justificativa para as ilegalidades expostas no Bloco 01.

**Tabela 07:** Bloco 01 segundo Entendimento 01.

	1ª Coluna	2ª Coluna	3ª Coluna	4ª Coluna	5ª Coluna	6ª Coluna	7ª Coluna
<b>BLOCO 01</b>	<b>N. de vagas (1) = (2)+(3)</b>	<b>Lista geral Não PcD (2)</b>	<b>Lista especial PcD (3)</b>	<b>§ 1º do art. 1º (4) = (1) x 5%</b>	<b>§ 3º do art. 1º (5) = ar- red (4)</b>	<b>Distribuição das porcentagens (6) = (3) / (1)</b>	<b>Atende ao mínimo de 5%? (7) = (6) &gt; 5%</b>
1ª Linha	1	1	0	0,05	1,00	0,00%	Não
2ª Linha	2	2	0	0,10	1,00	0,00%	Não
3ª Linha	3	3	0	0,15	1,00	0,00%	Não
4ª Linha	4	4	0	0,20	1,00	0,00%	Não
5ª Linha	5	4	1	0,25	1,00	20,00%	Sim

Fonte: Autor.

A **Tabela 08** apresenta o cenário do Bloco 02. A tabela expõe claramente a ilegalidade do Entendimento 01, pois configura-se a desobediência ao mínimo de 5% em 4 posições do bloco (16L7C a 19L7C). Portanto, fere de morte um dos limites contidos na própria ementa das jurisprudências. Nesse caso, não existiria mais outra justificativa para desobedecer ao mínimo legal.

**Tabela 08:** Bloco 02 segundo Entendimento 01.

BLOCO 02	1ª Coluna	2ª Coluna	3ª Coluna	4ª Coluna	5ª Coluna	6ª Coluna	7ª Coluna
	N. de vagas (1) = (2)+(3)	Lista geral Não PcD (2)	Lista especial PcD (3)	§ 1º do art. 1º (4) = (1) x 5%	§ 3º do art. 1º (5) = arred (4)	Distribuição das porcentagens (6) = (3) / (1)	Atende ao mínimo de 5%? (7) = (6) > 5%
1ª Linha	6	5	1	0,30	1,00	16,67%	Sim
2ª Linha	7	6	1	0,35	1,00	14,29%	Sim
3ª Linha	8	7	1	0,40	1,00	12,50%	Sim
4ª Linha	9	8	1	0,45	1,00	11,11%	Sim
5ª Linha	10	9	1	0,50	1,00	10,00%	Sim
6ª Linha	11	10	1	0,55	1,00	9,09%	Sim
7ª Linha	12	11	1	0,60	1,00	8,33%	Sim
8ª Linha	13	12	1	0,65	1,00	7,69%	Sim
9ª Linha	14	13	1	0,70	1,00	7,14%	Sim
10ª Linha	15	14	1	0,75	1,00	6,67%	Sim
11ª Linha	16	15	1	0,80	1,00	6,25%	Sim
12ª Linha	17	16	1	0,85	1,00	5,88%	Sim
13ª Linha	18	17	1	0,90	1,00	5,56%	Sim
14ª Linha	19	18	1	0,95	1,00	5,26%	Sim
15ª Linha	20	19	1	1,00	1,00	5,00%	Sim
16ª Linha	21	20	1	1,05	2,00	4,76%	Não
17ª Linha	22	21	1	1,10	2,00	4,55%	Não
18ª Linha	23	22	1	1,15	2,00	4,35%	Não
19ª Linha	24	23	1	1,20	2,00	4,17%	Não
20ª Linha	25	23	2	1,25	2,00	8,00%	Sim

Fonte: Autor.

Também é possível verificar que a última posição do bloco é destinada à PcD (5L3C, Bloco 01 e 20L3C, Bloco 02). Esse fato expõe a desobediência ao princípio da isonomia (igualdade material), pois não reconhece o mérito obtido pelo primeiro candidato com deficiência classificado no bloco. É insustentável a argumentação de que exista igualdade de oportunidades no momento em que se destina, em vez da 2ª vaga, a 5ª vaga para primeiro candidato com deficiência.

No concurso público, todos os candidatos da ampla concorrência têm a oportunidade de ser o 1º classificado na lista geral, da mesma forma que todos os candidatos com deficiência têm a oportunidade de ser o 1º classificado na lista especial. Portanto, deve existir o reconhecimento ao mérito obtido por esses candidatos, pois a meritocracia é considerada um princípio norteador na realização de concursos públicos. Em razão da deficiência e de vários outros motivos sociais, não se pode esperar que os candidatos com deficiência disputem as primeiras classificações na lista geral, pois não existe igualdade de condições entre candidatos com e sem deficiência. Esse é um dos motivos para que existam leis sobre reserva de vagas.

Dando continuidade à apresentação dos blocos, a **Tabela 09** apresenta o Bloco 03. Obedecendo à mesma sistemática, seguem os blocos seguintes.

**Tabela 09:** Bloco 03, segundo Entendimento 01.

<b>BLOCO 03</b>	<i>1ª Coluna</i>	<i>2ª Coluna</i>	<i>3ª Coluna</i>	<i>4ª Coluna</i>	<i>5ª Coluna</i>	<i>6ª Coluna</i>	<i>7ª Coluna</i>
	<b>N. de vagas (1) = (2)+(3)</b>	<b>Lista geral Não PcD (2)</b>	<b>Lista especial PcD (3)</b>	<b>§ 1º do art. 1º (4) = (1) x 5%</b>	<b>§ 3º do art. 1º (5) = ar- red (4)</b>	<b>Distribuição das porcentagens (6) = (3) / (1)</b>	<b>Atende ao mínimo de 5%? (7) = (6) &gt; 5%</b>
<i>1ª Linha</i>	<b>26</b>	24	2	1,30	2,00	7,69%	<b>Sim</b>
<i>2ª Linha</i>	<b>27</b>	25	2	1,35	2,00	7,41%	<b>Sim</b>
<i>3ª Linha</i>	<b>28</b>	26	2	1,40	2,00	7,14%	<b>Sim</b>
<i>4ª Linha</i>	<b>29</b>	27	2	1,45	2,00	6,90%	<b>Sim</b>
<i>5ª Linha</i>	<b>30</b>	28	2	1,50	2,00	6,67%	<b>Sim</b>
<i>6ª Linha</i>	<b>31</b>	29	2	1,55	2,00	6,45%	<b>Sim</b>
<i>7ª Linha</i>	<b>32</b>	30	2	1,60	2,00	6,25%	<b>Sim</b>
<i>8ª Linha</i>	<b>33</b>	31	2	1,65	2,00	6,06%	<b>Sim</b>
<i>9ª Linha</i>	<b>34</b>	32	2	1,70	2,00	5,88%	<b>Sim</b>
<i>10ª Linha</i>	<b>35</b>	33	2	1,75	2,00	5,71%	<b>Sim</b>
<i>11ª Linha</i>	<b>36</b>	34	2	1,80	2,00	5,56%	<b>Sim</b>
<i>12ª Linha</i>	<b>37</b>	35	2	1,85	2,00	5,41%	<b>Sim</b>
<i>13ª Linha</i>	<b>38</b>	36	2	1,90	2,00	5,26%	<b>Sim</b>
<i>14ª Linha</i>	<b>39</b>	37	2	1,95	2,00	5,13%	<b>Sim</b>
<i>15ª Linha</i>	<b>40</b>	38	2	2,00	2,00	5,00%	<b>Sim</b>
<i>16ª Linha</i>	<b>41</b>	39	2	2,05	3,00	<b>4,88%</b>	<b>Não</b>
<i>17ª Linha</i>	<b>42</b>	40	2	2,10	3,00	<b>4,76%</b>	<b>Não</b>
<i>18ª Linha</i>	<b>43</b>	41	2	2,15	3,00	<b>4,65%</b>	<b>Não</b>
<i>19ª Linha</i>	<b>44</b>	42	2	2,20	3,00	<b>4,55%</b>	<b>Não</b>
<i>20ª Linha</i>	<b>45</b>	42	3	2,25	3,00	6,67%	<b>Sim</b>

Fonte: Autor.

Quanto à distribuição das porcentagens até o percentual adotado (6ª Coluna), a incompatibilidade é evidente. Percebe-se que, para o percentual que define o bloco (5%), a porcentagem é diferente (6,67%, 20L6C), configurando-se mais uma ilegalidade, **Tabela 09**.

Constata-se que o princípio da alternância não é obedecido no momento em que ocorre a desobediência ao mínimo de 5% (16L7C), sendo as listas alternadas apenas na 19L2C para 20L3C, porém sem critério legal que justifique a alternância nessa posição.

Realizando a análise da proporcionalidade, verifica-se que as razões não são equivalentes, ou seja, não resultam em um valor constante, **Tabela 10**. Diante disso, pode-se afirmar que não existe proporcionalidade no critério de reserva de vagas, bem como constata-se a manipulação dos percentuais em total prejuízo às PcDs.

**Tabela 10:** Análise da proporcionalidade do Entendimento 01.

Bloco	Valor do "k"	k x percentual adotado	Quantidade de PcD
Bloco 01	$k_1 = \frac{100}{20} = 5$	$k_1 \times 20\% = 5 \times 20\% = 01$	01
Bloco 02	$k_2 = \frac{100}{5} = 20$	$k_2 \times 5\% = 20 \times 5\% = 01$	01
Bloco 03	$k_3 = \frac{100}{5} = 20$	$k_3 \times 5\% = 20 \times 5\% = 01$	01
$k_1 \neq k_2 = k_3 \dots$ (o resultado das razões não é constante)			
<p style="text-align: center;"> <math>20\%</math>                      <math>5\%</math>                      <math>5\%</math>  <math>\underbrace{\hspace{1.5cm}}</math>                      <math>\underbrace{\hspace{1.5cm}}</math>                      <math>\underbrace{\hspace{1.5cm}}</math>  <b>Bloco 01</b>                      <math>\Rightarrow</math>                      <b>Bloco 02</b>                      <math>\Rightarrow</math>                      <b>Bloco 03</b> </p>			

Fonte: Autor.

Com o objetivo de verificar o atendimento aos 6 critérios expressos Decreto n. 9.508/2018 (BRASIL, 2018), será apresentada a análise do Entendimento 01:

1º Critério (art. 1º) - igualdade de oportunidades: é ferido, pois a PcD é sempre preterida nas 4 primeiras posições e colocada na última posição dos blocos seguintes. Não reconhece o mérito aos primeiros classificados do bloco.

2º Critério (§ 1º do art. 1º) - reserva mínima de 5%: flagrante descumprimento do mínimo de 5% em várias posições dos blocos.

3º Critério (§ 3º do art. 1º) - arredondamento do número fracionado: inobservância quanto ao referido critério em todos os blocos, em 4 posições de cada bloco. Nas 4 primeiras linhas do Bloco 01 e na 16L7C a 19L7C dos blocos seguintes, nota-se que o quantitativo da 3ª Coluna é incompatível com o quantitativo da 5ª Coluna.

4º Critério (art. 3º, inciso V) - sistemática de convocação dos candidatos classificados, respeitado o percentual: não permite a convocação sistemática, pois desrespeita o mínimo de 5%.

5º Critério (art. 8º, § 1º) - critério de alternância respeitando o percentual: as listas não são alternadas no momento em que se detecta a desobediência ao mínimo de 5%, bem como não existe justificativa legal para o momento em que as listas são alternadas.

6º Critério (art. 8º, § 1º) - critério de proporcionalidade respeitando o percentual: constatado que as razões não são equivalentes e não resultam em um valor constante, logo, não existe proporcionalidade na reserva de vagas. Além disso, existe incompatibilidade na distribuição das porcentagens até o percentual adotado (6ª Coluna).

O Entendimento 01 apresenta as seguintes características: ilegal, pois desobedece a todas as exigências da norma; matematicamente incorreto, visto que os resultados não são precisos e lógicos; incoerente, já que os blocos são irregulares; inconstitucional, uma vez que não atende os princípios que pautam o concurso público; não inclusivo, pois frustra todos os critérios da norma específica de forma a impossibilitar a eficácia do comando constitucional, bem como permite a manipulação do número de vagas.

#### 4.2 ENTENDIMENTO 02: RESERVA DE VAGAS NA 5ª, 21ª, 41ª, 61ª VAGAS, E ASSIM SUCESSIVAMENTE

O Entendimento 02 pode ser encontrado no trecho contido no Ag. Reg. no Recurso Ord. em Mandado de Segurança 27.710 (BRASIL, 2015a) do Supremo Tribunal Federal que será transcrito a seguir:

Assim, o 1º lugar da lista dos candidatos portadores de deficiência seria chamado na 5ª posição, o 2º classificado seria chamado na 21ª, o 3º colocado na 41ª vaga, o 4º na 61ª vaga, o 5º na 81ª vaga e assim sucessivamente.

Dessa maneira, o Bloco 01 do Entendimento 02 está apresentado na **Tabela 11** e representa o mesmo cenário do Bloco 01 do Entendimento 01. As mesmas ilegalidades são constatadas ao princípio da isonomia (preterição do PcD) e à legalidade (desobediência ao arredondamento e ao percentual mínimo de 5%).

**Tabela 11:** Bloco 01 do Entendimento 02.

	1ª Coluna	2ª Coluna	3ª Coluna	4ª Coluna	5ª Coluna	6ª Coluna	7ª Coluna
<b>BLOCO 01</b>	<b>N. de vagas (1) = (2)+(3)</b>	<b>Lista geral Não PcD (2)</b>	<b>Lista especial PcD (3)</b>	<b>§ 1º do art. 1º (4) = (1) x 5%</b>	<b>§ 3º do art. 1º (5) = arred (4)</b>	<b>Distribuição das porcentagens (6) = (3) / (1)</b>	<b>Atende ao mínimo de 5%? (7) = (6) &gt; 5%</b>
1ª Linha	1	1	0	0,05	1,00	0,00%	Não
2ª Linha	2	2	0	0,10	1,00	0,00%	Não
3ª Linha	3	3	0	0,15	1,00	0,00%	Não
4ª Linha	4	4	0	0,20	1,00	0,00%	Não
5ª Linha	5	4	1	0,25	1,00	20,00%	Sim

Fonte: Autor.

A **Tabela 12** apresenta o cenário do Bloco 02. Instantaneamente, percebe-se uma configuração nova no bloco, pois este é formado por 16 candidatos. Sendo assim, houve a aplicação de um percentual de reserva no valor de 6,25% ( $100/6,25 = 16$ ). Devido à contaminação causada pela aplicação do limite de 20% na definição do Bloco 01, a distribuição das porcentagens não chega a 6,25%, mas sim a 9,52% (16L6C). Novamente, o candidato com deficiência é preterido e colocado na última posição do bloco (16L3C).

**Tabela 12:** Bloco 02 do Entendimento 02.

BLOCO 02	1ª Coluna	2ª Coluna	3ª Coluna	4ª Coluna	5ª Coluna	6ª Coluna	7ª Coluna
	N. de vagas (1) = (2)+(3)	Lista geral Não PcD (2)	Lista especial PcD (3)	§ 1º do art. 1º (4) = (1) x 5%	§ 3º do art. 1º (5) = ar- red (4)	Distribuição das porcentagens (6) = (3) / (1)	Atende ao mínimo de 5%? (7) = (6) > 5%
1ª Linha	6	5	1	0,30	1,00	16,67%	Sim
2ª Linha	7	6	1	0,35	1,00	14,29%	Sim
3ª Linha	8	7	1	0,40	1,00	12,50%	Sim
4ª Linha	9	8	1	0,45	1,00	11,11%	Sim
5ª Linha	10	9	1	0,50	1,00	10,00%	Sim
6ª Linha	11	10	1	0,55	1,00	9,09%	Sim
7ª Linha	12	11	1	0,60	1,00	8,33%	Sim
8ª Linha	13	12	1	0,65	1,00	7,69%	Sim
9ª Linha	14	13	1	0,70	1,00	7,14%	Sim
10ª Linha	15	14	1	0,75	1,00	6,67%	Sim
11ª Linha	16	15	1	0,80	1,00	6,25%	Sim
12ª Linha	17	16	1	0,85	1,00	5,88%	Sim
13ª Linha	18	17	1	0,90	1,00	5,56%	Sim
14ª Linha	19	18	1	0,95	1,00	5,26%	Sim
15ª Linha	20	19	1	1,00	1,00	5,00%	Sim
16ª Linha	21	19	2	1,05	2,00	9,52%	Sim

Fonte: Autor.

Prosseguindo na apresentação dos blocos, a **Tabela 13** expõe o cenário do Bloco 03 do Entendimento 02. Constata-se nova mudança na definição do bloco, pois este agora é composto por 20 candidatos, ou seja, houve a aplicação de novo percentual, desta vez 5% ( $100/5 = 20$ ).

**Tabela 13:** Bloco 03 do Entendimento 02.

	1ª Coluna	2ª Coluna	3ª Coluna	4ª Coluna	5ª Coluna	6ª Coluna	7ª Coluna
<b>BLOCO 03</b>	<b>N. de vagas (1) = (2)+(3)</b>	<b>Lista geral Não PcD (2)</b>	<b>Lista especial PcD (3)</b>	<b>§ 1º do art. 1º (4) = (1) x 5%</b>	<b>§ 3º do art. 1º (5) = arred (4)</b>	<b>Distribuição das porcentagens (6) = (3) / (1)</b>	<b>Atende ao mínimo de 5%? (7) = (6) &gt; 5%</b>
1ª Linha	<b>22</b>	20	2	1,10	2,00	9,09%	<b>Sim</b>
2ª Linha	<b>23</b>	21	2	1,15	2,00	8,70%	<b>Sim</b>
3ª Linha	<b>24</b>	22	2	1,20	2,00	8,33%	<b>Sim</b>
4ª Linha	<b>25</b>	23	2	1,25	2,00	8,00%	<b>Sim</b>
5ª Linha	<b>26</b>	24	2	1,30	2,00	7,69%	<b>Sim</b>
6ª Linha	<b>27</b>	25	2	1,35	2,00	7,41%	<b>Sim</b>
7ª Linha	<b>28</b>	26	2	1,40	2,00	7,14%	<b>Sim</b>
8ª Linha	<b>29</b>	27	2	1,45	2,00	6,90%	<b>Sim</b>
9ª Linha	<b>30</b>	28	2	1,50	2,00	6,67%	<b>Sim</b>
10ª Linha	<b>31</b>	29	2	1,55	2,00	6,45%	<b>Sim</b>
11ª Linha	<b>32</b>	30	2	1,60	2,00	6,25%	<b>Sim</b>
12ª Linha	<b>33</b>	31	2	1,65	2,00	6,06%	<b>Sim</b>
13ª Linha	<b>34</b>	32	2	1,70	2,00	5,88%	<b>Sim</b>
14ª Linha	<b>35</b>	33	2	1,75	2,00	5,71%	<b>Sim</b>
15ª Linha	<b>36</b>	34	2	1,80	2,00	5,56%	<b>Sim</b>
16ª Linha	<b>37</b>	35	2	1,85	2,00	5,41%	<b>Sim</b>
17ª Linha	<b>38</b>	36	2	1,90	2,00	5,26%	<b>Sim</b>
18ª Linha	<b>39</b>	37	2	1,95	2,00	5,13%	<b>Sim</b>
19ª Linha	<b>40</b>	38	2	2,00	2,00	5,00%	<b>Sim</b>
20ª Linha	<b>41</b>	38	3	2,05	3,00	7,32%	<b>Sim</b>

Fonte: Autor.

Isso posto, além de perpetuar as várias ilegalidades apresentadas no Entendimento 01, é possível observar claramente a manipulação dos percentuais (20%, 6,25% e 5%), resultando em maiores equívocos matemáticos quanto à proporcionalidade. Os demais blocos seguem a mesma sistemática apresentada na **Tabela 13**. Apesar de a desobediência ao mínimo acontecer apenas no Bloco 01, o Entendimento 02 tem uma maior quantidade de equívocos matemáticos aliada à manutenção das ilegalidades jurídicas.

A **Tabela 14** apresenta a análise da proporcionalidade do Entendimento 02, novamente as razões não são equivalentes e não resultam em um valor constante, sendo mais perceptível a manipulação dos percentuais em total prejuízo às PcDs.

**Tabela 14:** Análise da proporcionalidade do Entendimento 02.

Bloco	Valor do "k"	k x percentual adotado	Quantidade de Pcd
Bloco 01	$k_1 = \frac{100}{20} = 5$	$k_1 \times 20\% = 5 \times 20\% = 01$	01
Bloco 02	$k_2 = \frac{100}{6,25} = 16$	$k_2 \times 6,25\% = 16 \times 6,25\% = 01$	01
Bloco 03	$k_3 = \frac{100}{5} = 20$	$k_3 \times 5\% = 20 \times 5\% = 01$	01
( $k_1 \neq k_2 \neq k_3 \dots$ (o resultado das razões não é constante))			
<p style="text-align: center;"> <math>20\%</math>                      <math>6,25\%</math>                      <math>5\%</math>  <math>\underbrace{\hspace{1.5cm}}</math>                      <math>\underbrace{\hspace{1.5cm}}</math>                      <math>\underbrace{\hspace{1.5cm}}</math>  <b>Bloco 01</b>                      <math>\Rightarrow</math>                      <b>Bloco 02</b>                      <math>\Rightarrow</math>                      <b>Bloco 03</b> </p>			

Fonte: Autor.

Todas as ilegalidades contidas no Entendimento 01, se repetem no Entendimento 02, resultando em sérios prejuízos às PcDs, pois não permitem uma igualdade de oportunidades devido ao equívoco matemático que repercute juridicamente. A grande responsável pelas ilegalidades expostas é a aplicação equivocada do limite de 20%, pois frustra exatamente todos os 6 critérios expressos

Decreto n. 9.508/2018 (BRASIL, 2018), bem como fere todos os princípios que pautam os concursos públicos. A aplicação correta do limite máximo de 20% resulta na destinação da 2ª, 7ª, 12ª, 17ª vagas, e assim sucessivamente a cada bloco de 5 candidatos ( $100/20 = 05$ ).

## 5 RESERVA DE 50%

Nos concursos do âmbito federal, incide a Lei n. 8.112/1990, que sustenta o entendimento jurisprudencial da destinação da 2ª vaga para o primeiro candidato com deficiência, o que se acredita representar a adoção de uma reserva de 50%, **Tabela 15**. Após visualização da reserva de vaga e da compreensão dos critérios que a norteia, percebe-se que se trata de uma visão restritiva e discriminatória.

**Tabela 15:** Visão restritiva da jurisprudência.

	1ª Coluna	2ª Coluna	3ª Coluna	4ª Coluna	5ª Coluna	6ª Coluna	7ª Coluna
	<b>N de vagas (1) = (2)+(3)</b>	<b>Lista geral Não PcD (2)</b>	<b>Lista especial PcD (3)</b>	<b>§ 1º do art. 1º (4) = (1) x 5%</b>	<b>§ 3º do art. 1º (5) = arred (4)</b>	<b>Distribuição das porcentagens (6) = (3) / (1)</b>	<b>Atende ao mínimo de 5%? (7) = (6) &gt; 5%</b>
1ª Linha	1	1	0	0,50	1,00	0,00%	Não
2ª Linha	2	1	1	1,00	1,00	50,00%	Sim

Fonte: Autor.

Essa visão carece de uma análise sistêmica da real implicação da adoção do percentual de reserva, pois caso existisse um percentual de reserva de 50%, os candidatos com deficiência, obedecida a ordem de classificação, ocupariam a 2ª, 4ª, 6ª, 8ª, 10ª vagas, e assim sucessivamente a cada bloco de 2 candidatos ( $100/50 = 02$ ), **Tabela 16**. Contudo, essa reserva de vagas não é uma realidade nos concursos públicos, pelo contrário, buscam sempre aplicar o mínimo de 5%, além de uma limitação máxima como barreira inicial ao acesso das PcDs.

**Tabela 16:** Cenário para reserva de vaga adotando o percentual de 50%.

		1ª Coluna	2ª Coluna	3ª Coluna	4ª Coluna	5ª Coluna	6ª Coluna	7ª Coluna
		<b>N. de vagas (1) = (2)+(3)</b>	<b>Lista geral Não PcD (2)</b>	<b>Lista especial PcD (3)</b>	<b>§ 1º do art. 1º (4) = (1) x 5%</b>	<b>§ 3º do art. 1º (5) = arred (4)</b>	<b>Distribuição das porcentagens (6) = (3) / (1)</b>	<b>Atende ao mínimo de 5%? (7) = (6) &gt; 5%</b>
<b>BLOCO 01</b>	1ª Linha	<b>1</b>	1	0	0,50	1,00	<b>0,00%</b>	<b>Não</b>
	2ª Linha	<b>2</b>	1	1	1,00	1,00	50,00%	<b>Sim</b>
<b>BLOCO 02</b>	3ª Linha	<b>3</b>	2	1	1,50	2,00	<b>33,33%</b>	<b>Não</b>
	4ª Linha	<b>4</b>	2	2	2,00	2,00	50,00%	<b>Sim</b>
<b>BLOCO 03</b>	5ª Linha	<b>5</b>	3	2	2,50	3,00	<b>40,00%</b>	<b>Não</b>
	6ª Linha	<b>6</b>	3	3	3,00	3,00	50,00%	<b>Sim</b>
<b>BLOCO 04</b>	7ª Linha	<b>7</b>	4	3	3,50	4,00	<b>42,86%</b>	<b>Não</b>
	8ª Linha	<b>8</b>	4	4	4,00	4,00	50,00%	<b>Sim</b>
<b>BLOCO 05</b>	9ª Linha	<b>9</b>	5	4	4,50	5,00	<b>44,44%</b>	<b>Não</b>
	10ª Linha	<b>10</b>	5	5	5,00	5,00	50,00%	<b>Sim</b>

Fonte: Autor.

A utilização da interpretação adotada pela Suprema Corte permite que a Administração Pública manipule a oferta de vaga até 4 ou oferte apenas 1 vaga por cargo, resultando em situações esdrúxulas como no exemplo citado do concurso da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). O inciso I, §4º, do art. 1º do Decreto n. 9.508/2018 (BRASIL, 2018) veio sanar essa injustiça para com as PcDs. Caso não seja possível destinar a 2ª (segunda) vaga, obriga-se a aplicar o percentual sobre o total das vagas do edital:

§ 4º A reserva do percentual de vagas a que se referem os § 1º e § 2º observará as seguintes disposições:

I - na hipótese de concurso público ou de processo seletivo regio-

nalizado ou estruturado por especialidade, o percentual mínimo de reserva será aplicado ao total das vagas do edital, ressalvados os casos em que seja demonstrado que a aplicação regionalizada ou por especialidade não implicará em redução do número de vagas destinadas às pessoas com deficiência (BRASIL, 2018).

Conseqüentemente, esse dispositivo do Decreto n. 9.508/2018 (BRASIL, 2018) veio combater justamente as situações decorrentes da aplicação equivocada do limite de 20%, ou seja, impedir a manipulação de vagas de modo a excluir a PcDs.

É importante salientar que o § 2º do art. 5º da Lei 8.112/1990 já foi rechaçado pelo Tribunal de Contas da União, conforme o Acórdão n. 2977/2016 – Plenário (BRASIL, 2016a). Esse entendimento é corroborado pelo trecho do voto do Procurador do Ministério Público de Contas, Sérgio Caribé:

[...] Como a cota estabelecida para o preenchimento dos cargos públicos, por meio de reserva de vagas em editais de concursos para servidores estatutários, não atende à disciplina prevista no art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal, a única conclusão possível é pela inconstitucionalidade do teto fixado pelo § 2º do art. 5º da Lei 8.112/1990, funcionando a reserva de vagas, nesse caso, como um limitador real do acesso das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho. (grifo nosso)

## 6 RESERVA REAL

Segundo Gugel (2016, p. 104), a reserva real significa a aplicação do percentual de reserva sobre o número total dos cargos e empregos públicos existentes em cada órgão. Ainda segundo a autora, essa reserva estaria prevista na Lei n. 8.213/1991 (BRASIL, 1991), no art. 93:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

- I - até 200 empregados ... 2%;
- II - de 201 a 500 ... 3%;
- III - de 501 a 1.000 ... 4%;
- IV - de 1.001 em diante ... 5%.

Contudo, ressalta que a lei se aplica apenas ao setor privado. Já no setor público, a reserva acontece com base no quantitativo de vagas ofertadas no concurso, devido à Lei n. 8.112/1990. Portanto, a autora entende que não existe lei

com reserva real de cargos e empregos públicos na Administração Pública. Essa ausência é questionável, pois a própria Lei n. 8.213/1991 (BRASIL, 1991) prevê no seu art. 14, a definição de “empresa”, contida no art. 93:

Art. 14. Consideram-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, *bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional*; (grifo nosso)

Portanto, está expresso na lei que a reserva real, contida no art. 93, acontece também nos órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, art. 14. Isso é justificável, pois o grande responsável pela elaboração e implementação de ações afirmativas é o setor público, bem como seria incoerente exigir inclusão efetiva no setor privado, e ao mesmo tempo dispensar a obrigação da inclusão efetiva no setor público.

## 7 APLICAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

De acordo com Gugel (2016), a aplicação da norma mais favorável ao efetivo cumprimento da reserva de vagas para PcDs em concursos públicos também se opera como solução do conflito no qual se deve analisar a eficácia das normas, prevalecendo a norma mais benéfica. Acrescenta que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência deve inspirar as decisões de juízes e tribunais e, mais que isso, servir de critério absoluto a reger a interpretação de aplicação da norma mais favorável.

O princípio da norma mais favorável está contido na Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146/2015 (BRASIL, 2015), no seu art. 121, enquanto que o direito ao trabalho está previsto no art. 34:

Art. 121. Os *direitos*, os prazos e as obrigações previstos nesta Lei não excluem os já estabelecidos em outras legislações, inclusive em pactos, tratados, convenções e declarações internacionais aprovados e promulgados pelo Congresso Nacional, e devem ser aplicados em conformidade com as demais normas internas e acordos internacionais vinculantes sobre a matéria. *Parágrafo único. Prevalecerá a norma mais benéfica à pessoa com deficiência.* (grifo nosso)

Também pode-se afirmar que, por meio do princípio cronológico, *lex posterior derogat legi priori*, o surgimento do Decreto n. 3.298/99 e em seguida, o

Decreto n. 9.508/2018 (BRASIL, 2018) têm o cordão de derrogar o limite máximo previsto no § 2º do art. 5º da Lei 8.112/1990. Existindo o conflito entre norma especial anterior e geral posterior, Bobbio também ressalta que, com base no princípio do *lex posteriori generalis non derogat priori especial*, deve ser resolvido em favor da lei especial.

## CONCLUSÃO

Significativos avanços ocorreram no conceito de PcDs. A antiga definição, relacionada à incapacidade, bem como a caracterização apenas pelo ponto de vista médico foram alterados com surgimento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Fatores biológicos, psicológicos e sociais devem ser considerados no enquadramento da deficiência, fruto de avaliação biopsicossocial contida na Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência. Contudo, ainda não houve a regulamentação dessa avaliação, resultando no enquadramento ainda pelo modelo anterior.

Constatou-se que o cenário da inclusão no setor público do Brasil apresenta dados assustadores. Segundo dados do sistema RAIS Cota PcD (BRASIL, 2016), verificou-se que, para o ano de 2016, o Brasil apresentou percentual de inclusão de 0,33% para Administração Pública, 2,41% para Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista e 2,02% para Empresas privadas. Em relação ao mínimo de 5%, o déficit é de 4,67%, 2,59% e 2,98%, respectivamente que representam as seguintes quantidades de PcDs faltantes no quadro de pessoal: 433.887, 20.320 e 504.874 PcDs.

A utilização do recurso de tabelas demonstrou ser uma adequada ferramenta para visualizar a sistêmica que envolve a reserva de vagas. Permitiu também a exposição da aplicação escorreita de todos os critérios expressos no Decreto n. 9.508/2018 (BRASIL, 2018). A reserva legal (5%) garante que o primeiro candidato com deficiência classificado no concurso seja convocado para ocupar a 2ª vaga aberta, relativa ao cargo para o qual concorreu, enquanto os demais candidatos com deficiência classificados serão convocados para ocupar a 22ª, 42ª, 62ª vagas, e, assim sucessivamente, a cada bloco de 20 candidatos, observada a ordem de classificação, enquanto houver ou surgirem vagas, durante o prazo de validade de concurso.

Os entendimentos jurisprudenciais das Cortes Superiores para concursos federais apresentam vários equívocos matemáticos que resultaram em diversas ilegalidades. Portanto, os dois entendimentos (5ª, 25ª, 45ª, 65ª... e 5ª, 21ª, 41ª, 61ª...) são ilegais e não devem ser aplicados nos certames, visto que ferem todos os princípios que pautam os concursos públicos - como legalidade, igualdade, impessoalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

A aplicação equivocada do § 2º do art. 5º da Lei 8.112/1990 é a grande responsável pelas ilegalidades constatadas, representando a maior barreira para a inclusão das PcDs no setor público, bem como sendo responsável pelo agravamento do cenário da inclusão ao longo dos anos. Faz-se necessária uma reflexão no que concerne aos entendimentos contidos nas jurisprudências. Caso contrário, serão perpetuados os graves prejuízos às PcDs.

O § 2º do art. 5º da Lei 8.112/1990 (BRASIL, 1990) não tem coerência com o inciso VIII do art. 37 da CF (BRASIL, 1988), tampouco buscou atender ao art. 2º, inciso III, alínea "d", da Lei Federal n. 7.853/1989 (BRASIL, 1989). Da maneira como é aplicado o limite de 20%, constatou-se que frustra exatamente todos os critérios do Decreto n. 9.508/2018 (BRASIL, 2018). Portanto, eiva-se de inconstitucionalidade e deve ser rechaçada sua aplicação nos concursos públicos, pois vem sendo utilizada diversas vezes para legitimar a burla ao sistema de reserva de vagas para PcDs.

Ao ignorar a situação da inclusão no quadro existente dos órgãos e entidades públicas e ao mesmo tempo aplicar um percentual de limitação máxima, sem antes ter sido materializado o percentual mínimo na oferta das vagas, é possível a constatação de incoerência, além disso, representa uma afronta a todas as normas consagradas no ordenamento jurídico brasileiro de proteção às PcDs.

A consciência sobre o grave cenário de inclusão da PcD somada à correta percepção sobre a sistemática de reserva de vagas despontam como fatores imprescindíveis para evitar os equívocos contidos nos entendimentos jurisprudenciais. É preciso compreender que, após a definição do percentual adotado no certame, a sistemática de reserva de vagas ocorre de maneira única, sendo aplicada de forma igual a todos os cargos ofertados no concurso público, tanto para as vagas imediatas como para as vagas futuras que possam surgir durante o prazo de validade de concurso.

Somando-se a isso, a Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência devem ser consideradas nas decisões judiciais e, nos casos de conflitos entre normas, deve prevalecer o princípio da norma mais favorável de forma buscar a máxima efetividade constitucional.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Ata Câmara Técnica. **Concurso público para pessoas portadoras de deficiência na Administração Pública Direta e Indireta**. Brasília, DF, 18 nov. 2002. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/pfdc/temas-de-atuacao/inclusao-para-pessoas-com-deficiencia/aceso-a-cargos-publicos/reserva-de-vagas/documentos-tecnicos-de-outros-orgaos/ata\\_18e19nov02\\_camara\\_tecnica\\_pgt](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/pfdc/temas-de-atuacao/inclusao-para-pessoas-com-deficiencia/aceso-a-cargos-publicos/reserva-de-vagas/documentos-tecnicos-de-outros-orgaos/ata_18e19nov02_camara_tecnica_pgt). Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1998.

BRASIL. **Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 dez. 1999.

BRASIL. **Decreto n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004**. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 dez. 2004.

BRASIL. **Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 ago. 2009.

BRASIL. **Decreto n. 7.612, de 17 de novembro de 2011.** Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 nov. 2011b.

BRASIL. **Decreto n. 9.508, de 24 de setembro de 2018.** Reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 set. 2018.

BRASIL. **Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25out. 1989.

BRASIL. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 abr. 1991.

BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 jul. 1991.

BRASIL. **Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 dez. 1993.

BRASIL. **Lei n. 12.435, de 6 de julho de 2011.** Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 6 jul. 2011a.

BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de

dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 nov. 2011.

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 jul. 2015.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **RAIS Cotas PcD.** Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2016. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/dados-pcd-por-cota>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Opinião Técnica:** Audiências Públicas, Ministério Público de Pernambuco, Concursos Públicos e Pessoa com Deficiência. Recife: Ministério do Trabalho e Emprego, 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança MS 26310/DF.** Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 20 de agosto de 2007. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492852>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG.REG. no Recurso Ord. em Mandado de Segurança 27.710.** Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 01 de julho de 2015a. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2977.** Relator: Raimundo Carreiro. Brasília: DF, 23 de novembro de 2016a. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo/383920150.PROC>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos da 4ª Região. **AC 248783** - Concurso público. deficiente físico. Reserva de vagas (CF, art. 37, VII). Preterição. 3ª Turma, Brasília, DF, 18 de outubro de 2000. *Diário de Justiça Eletrônico*.

BRASIL. Tribunal Federal da 1ª Região. **AG 00661164220084010000.** Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, 5ª Turma, Brasília, DF, 31 de julho de 2009a. *Diário de Justiça Eletrônico* 1ª Região. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>. Acesso em: 01 mar. 2019.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência.** LTr: Revista Legislação do Trabalho. São Paulo. v. 72. n. 3. p. 263-70. Mar. 2008.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta.** Goiânia: Ed. da UCG, 2016.

SANTA CATARINA. **Lei n. 17.292, de 19 de outubro de 2017.** Consolida a legislação que dispõe sobre os direitos das pessoas com deficiência. Diário Oficial do Estado de Santa Catarina. Santa Catarina, SC, 20 out. 2017.