

Coleção
Preparando
para concursos



Questões
discursivas
comentadas

Organizadores: **Leonardo Garcia e Roberval Rocha**

Coordenador
Thiago Saccheto

**MINISTÉRIO
PÚBLICO
FEDERAL**

Procurador da República

3ª edição

Revista, atualizada e ampliada

2025



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

APRESENTAÇÃO DA OBRA

Este livro foi cuidadosamente concebido como uma ferramenta estratégica para todos aqueles que almejam uma das carreiras jurídicas mais exigentes e prestigiadas do país: a de Procurador da República. Trata-se de uma coletânea de respostas comentadas de questões discursivas de concursos anteriores para o cargo, organizada de modo técnico, claro e didático, com o propósito de orientar candidatos quanto à forma ideal de elaboração, estruturação e argumentação exigidas nas provas subjetivas do certame do Ministério Público Federal.

A leitura de respostas comentadas representa um método eficiente de preparação, pois permite ao concurseiro observar, na prática, como aplicar o conhecimento jurídico às situações-problema propostas pela banca examinadora. Além disso, possibilita o desenvolvimento de um repertório argumentativo, o aperfeiçoamento da técnica de escrita jurídica e a assimilação da linguagem precisa e objetiva esperada de um futuro membro do MPF. O candidato aprende, com exemplos concretos, como organizar a resposta, priorizar os argumentos relevantes e formular conclusões compatíveis com o nível de excelência exigido no concurso.

Um dos diferenciais desta obra é sua atualização e revisão feitas exclusivamente por Procuradores e Procuradoras da República, o que assegura absoluta sintonia com os padrões de qualidade e profundidade técnica requeridos pela banca examinadora. O olhar experiente dos membros da carreira confere ao material não apenas precisão jurídica, mas também autenticidade e utilidade prática, traduzindo fielmente o perfil da instituição e os critérios de correção utilizados nas avaliações, com atenção aos limites de linhas geralmente indicados no comando das questões.

Embora disciplinas como Direito Eleitoral, Direitos Humanos, Direito Internacional, Direito Econômico, Direito do Consumidor, Direito Tributário e Direito Financeiro não sejam mais cobradas como disciplinas autônomas na fase discursiva do 31º CPR, permanece o interesse em conhecer a forma adequada de elaboração de respostas nessas áreas. A leitura das questões e respostas anteriores continua sendo relevante, tanto porque os temas podem surgir de forma integrada nas provas objetivas e orais, quanto porque o exercício de redação jurídica nessas matérias desenvolve habilidades de síntese, argumentação e domínio técnico aplicáveis a qualquer ramo do Direito.

Seja você um candidato em fase inicial de preparação, seja um já experiente concurseiro, este livro é um instrumento valioso para aprimorar sua escrita, consolidar conteúdos e, sobretudo, desenvolver a maturidade analítica necessária para se destacar na prova discursiva. Estudar por questões anteriores do Concurso de Procurador da República, comentadas por quem compreende intimamente os desafios do certame, é caminhar com mais segurança rumo à aprovação.

Thiago Coelho Sacchetto

junho de 2025

DIREITO CONSTITUCIONAL

1. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

(MPF/Procurador República/28º Concurso/2015) Discorra sobre a liberdade de expressão em suas dimensões subjetiva, objetiva e instrumental.

Direcionamento da resposta

Essa foi a segunda questão da prova de constitucional do 28º CPR. Em que pese a profundidade do conteúdo exigido, o candidato deveria exercitar o poder de síntese, tendo em vista que, por expressa disposição da banca examinadora, a resposta não poderia ultrapassar vinte linhas. A resposta, além de abordar o princípio da liberdade de expressão, localizando-o no Texto Constitucional, deveria avançar sobre as facetas desse princípio, de acordo com as múltiplas funções que ele desempenha numa ordem jurídica democrática. Uma boa fonte de pesquisa sobre o tema é o artigo do professor Daniel Sarmento, “Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado”, publicado em 2007 na revista *Diálogo Jurídico*.

Sugestão de resposta

Inicialmente, gostaria de transcrever a resposta que dei a essa questão, para que o leitor possa entender um pouco do grau de exigência que a examinadora costumava usar em suas correções.

“O ser humano é um ser político (Arendt) na medida em que vive e se desenvolve no espaço em constante relação e interação com os demais, através da ação e do discurso, intermediado pela linguagem, que forma a sua personalidade. Esta característica torna o direito à liberdade de expressão intimamente relacionado com o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF), tido como o epicentro axiológico da Constituição. Não por outra razão, a Carta Federal dedica especial atenção ao princípio da liberdade de expressão, seja no art. 5º, IV, quando consignou que é livre a liberdade de pensamento, seja no inciso IX, quando assegurou a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença, ou ainda nos

termos do art. 220, ao tratar da comunicação social, quando dispôs que a manifestação do pensamento, criação, a expressão e a informação não sofrerão qualquer restrição. Dito isso, observa-se que a liberdade de expressão possui uma dimensão subjetiva, relacionada ao sujeito e o seu direito de expressar e receber informação, bem como uma dimensão social, relacionada à livre circulação de ideias na sociedade, no espaço público, proporcionando o agir comunicativo (Habermas) e o pluralismo, na medida em que as formas de expressão das minorias não são asfixiadas pela maioria. Esta dimensão social também promove uma dimensão instrumental da liberdade de expressão, na medida em que é necessária para a formação de uma sociedade constitucional inclusiva (Canotilho), essencial para o desenvolvimento da democracia real, amparada nos princípios da liberdade, igualdade e pluralismo.”

Essa resposta mereceu nota 7,0 da examinadora. No espelho de correção, a doutora Deborah Duprat fez constar que “Faltou referência à liberdade de expressão como controle social do poder e até como um metadireito, no sentido de que a liberdade expressiva habilita o indivíduo a postular quaisquer direitos. Faltou maior enfoque no processo democrático (tomada de decisões). Faltou referência à jurisprudência recente do STF, potencializando esse direito”.

De fato, a resposta não abordou com mais precisão as dimensões objetiva e instrumental do princípio da liberdade de expressão.

Sobre o tema, Daniel Sarmiento, no citado artigo, explica que a ideia de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, entre os quais a liberdade de expressão está incluída, foi desenvolvida a partir do julgamento do caso Lüth, pelo Tribunal Constitucional alemão, e parte da premissa de que os direitos fundamentais vão além dos meros direitos subjetivos de se expressar e receber informação (dimensão subjetiva), titularizados pelos indivíduos, mas constituem verdadeiros valores que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a ação de todos os poderes do Estado.

Por essa perspectiva, o Estado não tem apenas o dever de não violar os direitos fundamentais (não fazer), mas também o de promovê-los concretamente (fazer) e de garanti-los diante de ameaças provenientes da ação de particulares e de grupos privados. Especificamente em relação à liberdade de expressão, o Estado tem o dever de agir para assegurar o pluralismo comunicativo, a fim de que haja a livre circulação de ideias na sociedade, inclusive combatendo os oligopólios da mídia.

Essa livre circulação de ideias é essencial para que os grupos minoritários tenham “voz”, possam se fazer vistos e ouvidos, e com isso ter seus interesses atendidos. Decorre daí a dimensão instrumental da liberdade de expressão, pois o princípio funciona como meio para a construção de um regime democrático real, saudável, bem como para a consagração ou concretização de direitos fundamentais.

A partir do momento em que os grupos minoritários podem expressar seus anseios, dificuldades, necessidades, eles chamam a atenção da sociedade, ganhando visibilidade, reconhecimento, o que possibilita que direitos fundamentais nasçam ou sejam efetivamente implementados. Por isso se diz que a liberdade de expressão é um instrumento para a consagração de outros direitos fundamentais.

Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4815-DF, assentou que a liberdade de expressão é um princípio com preponderância inicial sobre os demais, conforme se observa no seguinte trecho do voto do Min. Luiz Roberto Barroso: “de modo que eu assento, de maneira expressa, como uma das premissas teóricas e filosóficas da minha convicção nesta matéria, como nos casos de liberdade de expressão em geral, que, no Brasil, por força da Constituição e das circunstâncias brasileiras, a liberdade de expressão deve ser tratada constitucionalmente como uma liberdade preferencial. E as consequências de se estabelecer essa premissa são igualmente três. Em primeiro lugar, ao se dizer que a liberdade de expressão é uma liberdade preferencial, estabelece-se uma primazia *prima facie* da liberdade de expressão no confronto com outros direitos fundamentais. Não uma hierarquia superior, apenas uma primazia *prima facie*, a demonstrar que aquele que pretenda cercear a liberdade de expressão em nome do direito de imagem, em nome da honra, em nome da privacidade, é essa parte que tem o ônus de demonstrar o seu direito superador da preferência da liberdade de expressão. Portanto, o ônus argumentativo de quem pretende paralisar a incidência da liberdade de expressão no caso concreto é maior, evidentemente, do que de quem esteja preservando a liberdade de expressão”.

Este argumento é o que norteia a posição da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, na Nota Técnica nº 11/2017/PFDC/MPF, assinada pela Dra. Deborah Duprat, relativa aos espetáculos que envolvem nu artístico na presença de crianças, na qual se defendeu, com base no voto do Min. Barroso, que:

“A posição de preferência da liberdade de expressão abrange o estabelecimento de três presunções:

‘A primeira e mais conhecida delas é a presunção de primazia da liberdade de expressão no processo de ponderação. Ela se funda na ideia de que as colisões com outros valores constitucionais (incluindo os direitos da personalidade) devem se resolver, em princípio, em favor da livre circulação de ideias e informações. Isso não significa, por evidente, que a liberdade de expressão ostente caráter absoluto. Excepcionalmente, essa prioridade poderá ceder lugar à luz das circunstâncias do caso concreto. Sua posição preferencial deverá, porém, servir de guia para o intérprete, exigindo, em todo caso, a preservação, na maior medida possível, das liberdades comunicativas.

Uma segunda presunção se refere à suspeição de todas as medidas – legais, administrativas, judiciais ou mesmo privadas – que limitem a liberdade de expressão. Tais restrições deverão, por isso, submeter - se a um controle mais rigoroso, no qual se proceda a uma espécie de inversão da presunção de constitucionalidade das normas restritivas e se atribua um ônus argumentativo especialmente elevado para que se possa justificá-las.

Por fim, a terceira presunção é a da proibição da censura e, consequentemente, da primazia das responsabilidades posteriores pelo exercício eventualmente abusivo da liberdade de expressão. A vedação à censura constitui, em verdade, uma das principais garantias da liberdade de expressão. A proibição prévia de divulgação de uma ideia, informação ou obra representa a violação mais extrema deste direito, uma vez que implica a sua total supressão. Tal opção não ignora o perigo de que o exercício das liberdades comunicativas seja abusivo e produza danos injustos. No entanto, ela decorre do reconhecimento, historicamente comprovado, da impossibilidade de eliminar a priori os riscos de abusos sem comprometer a própria democracia e os demais valores essenciais tutelados, como a dignidade humana, a busca da verdade e a preservação da cultura e da memória coletivas. Em uma sociedade democrática, é preferível arcar com os custos sociais que decorrem de eventuais danos causados pela expressão do que o risco da sua supressão. Disso resulta a necessidade de conferir à liberdade de expressão uma maior margem de tolerância e imunidade e de estabelecer a vedação à censura”

No mesmo sentido, Ingo Sarlet assevera que “é amplamente reconhecido que a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de expressão, compreendidas aqui em conjunto, constituem um dos direitos fundamentais mais preciosos e correspondem a uma das mais antigas exigências humanas, de tal sorte que integram os catálogos constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno. Assim como a liberdade de expressão e manifestação do pensamento encontra um dos seus principais fundamentos (e objetivos) na dignidade da pessoa humana, naquilo que diz respeito à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, ela também guarda relação, numa dimensão social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias, assumindo, nesse sentido, a qualidade de um direito político e revelando ter também uma dimensão nitidamente transindividual, já que a liberdade de expressão e os seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social” [...] Dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo político, a liberdade de expressão – pelo menos de acordo com significativa doutrina – assume uma espécie de posição preferencial (*preferred position*), quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais [...]”. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI,

Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 446/456-457-458/460-461.

Portanto, a especial singularidade da liberdade de expressão, por meio de suas dimensões subjetiva, objetiva e instrumental, a tornam um princípio preferencial em nosso ordenamento jurídico, que até pode ceder em eventual sopesamento no caso concreto, mas que para isso exige um ônus argumentativo muito maior em favor do outro princípio ou direito em conflito.

////////////////////////////////////
(MPF/Procurador República/27º Concurso/2013) Discorra sobre a laicidade do Estado e direitos sexuais e reprodutivos.

Direcionamento da resposta

A resposta deve, inicialmente, conceituar os institutos e princípios envolvidos, buscar sua fonte constitucional e, em seguida, explicar a relação entre eles, de que modo o princípio da laicidade estatal interfere na discussão sobre temas polêmicos relacionados aos direitos sexuais e reprodutivos, tais como o debate sobre o casamento homoafetivo, a pesquisa de células-tronco embrionárias e aborto. Como sugestão de fonte de estudo, mostram-se interessantes os artigos do professor Daniel Sarmento chamados “O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado” e “Legalização do aborto e Constituição”, além da leitura das teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3510-DF e da ADPF 54-DF.

Sugestão de resposta

A Constituição Federal consagra o princípio da laicidade estatal, expressamente, no art. 19, inciso I, segundo o qual é vedado a todas as entidades da Federação “estabelecer cultos religiosos ou subvencioná-los, embaraçar o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

Trata-se de um princípio que atua em duas frentes. Por um lado, protege as confissões religiosas do risco de intervenção indevida pelo Estado em seus cultos ou no conteúdo de suas doutrinas e, por outro, impede que a ação estatal seja contaminada com influências de ordem religiosa.

Sempre que se questionam as razões para a separação do Estado e da religião, a primeira e mais evidente resposta é que se deve respeitar a religião das pessoas. Ela é insuficiente, contudo, pois nada impediria que o Estado adotasse

uma religião oficial desde que não impedisse que os outros credos pudessem ser professados.

Um segundo argumento, mais forte, é o de que o Estado deve manter equidistância de todas as religiões, pois assim ele demonstra que elas possuem igual importância. Todas mereceriam o mesmo respeito e isso reflete no reconhecimento e valorização das escolhas existenciais dos indivíduos, das quais, certamente, a religião e o ateísmo fazem parte. Assim, por exemplo, um cidadão que adote uma religião de matriz africana, não sentiria que sua fé é considerada, pelo Estado, uma crença menor ou menos importante do que a oficial.

Há ainda um terceiro fundamento, pouco debatido na doutrina nacional, que diz respeito às questões sensíveis que não devem ser colocadas para discussão sob pena de inviabilizar os consensos político. Neste sentido, o professor de Direito da Universidade de Nova York, Stephan Holmes, observa que um dos ensinamentos das guerras religiosas do Século XVII é o de que a religião é algo que está tão intensamente enraizado nas pessoas, que tentar trazê-la para o debate político pode gerar radicalização. Em outras palavras, há questões que devem estar sob uma “*gag rule*” (lei da mordaza), devem ficar fora de discussão. Coloca-las em debate para que alguém ceda “*é pedir para ir à guerra*”.

Este, aliás, foi o impulso por trás da Emenda nº 1 da Constituição Norte Americana e que se espalhou pelas democracias ocidentais. A cláusula de liberdade de liberdade religiosa e laicidade estatal carrega a mensagem de deixar a religião fora da política.

É por esta razão que a laicidade não impõe aos poderes públicos apenas a não adoção de religião oficial. Ela vai além, impondo também uma posição de neutralidade do Estado perante todas as religiões, o que, por exemplo, impediria a presença de crucifixo em prédios públicos. Isso porque qualquer manifestação religiosa por parte do poder estatal poderia sinalizar o endosso de determinada doutrina de fé, apresentando uma coerção de caráter psicológico sobre aqueles que não professam a mesma religião.

O Estado laico reconhece e respeita igualmente todas as religiões, inclusive o ateísmo, em homenagem ao pluralismo de ideias e correntes filosóficas existentes na sociedade contemporânea.

Quanto a esse ponto, o fato de o preâmbulo constitucional citar “Deus” não quer dizer que o Estado aderiu ao teísmo, mas apenas que ele reconhece a importância das religiões e não coibirá qualquer tipo de manifestação religiosa. Com isso, pode-se afirmar que o ordenamento pátrio adere à laicidade, mas não ao laicismo, que é a animosidade estatal em relação às manifestações públicas de religiosidade, como ocorreu na França com a proibição do uso do véu islâmico por jovens muçulmanas em escolas públicas.

Nesse ambiente laico, as decisões estatais não podem ser tomadas com base em doutrinas de fé, cujo campo de atuação é estritamente na esfera privada dos cidadãos. Nesse sentido, leciona Daniel Sarmiento que “imposições que se baseiem não em razões públicas, mas em compreensões religiosas, ideológicas ou cosmovisivas particulares de um grupo social, ainda que hegemônico, jamais conquistarão a necessária legitimidade numa sociedade pluralista, pois os segmentos cujas posições não prevalecerem sentir-se-ão não só vencidos, mas pior, desrespeitados”.

A ação estatal deve, portanto, estar fundamentada nas chamadas razões públicas, ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pela sociedade não dependa de convicções religiosas particulares. Em outras palavras, razões públicas são argumentos cuja validade não depende da prévia aceitação de determinada crença. Assim, por exemplo, se é preciso ser cristão para acreditar na ressurreição, logo, o argumento da ressurreição de Cristo não pode ser utilizado para fundamentar um ato do Estado, tendo em vista que a sua aceitação pelos demais membros da sociedade depende da conversão destes ao cristianismo.

Essa é a vertente que deve nortear a análise jurídica de questões que envolvam direitos sexuais e reprodutivos, que, constituem direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, tais como a homoafetividade, o aborto e as pesquisas em células-tronco embrionárias.

Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3510-DF, quando apreciou a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, assentou expressamente que “este Supremo Tribunal Federal deve sustentar o seu julgamento em razões eminentemente não religiosas, considerada a realidade de que o Estado brasileiro, fundado no pluralismo de ideias e apoiado em bases democráticas, qualifica-se como uma República essencialmente laica e não confessional”.

Em outra ocasião, no julgamento da APDF 54, que apreciava a questão da interrupção da gravidez do feto anencéfalo, a Corte Suprema reafirmou seu posicionamento, conforme se observa no informativo nº 661:

“Ao frisar que laicidade não se confundiria com laicismo, rememorou orientação da Corte, proferida na ADI 2076/AC, no sentido de que a locução “sob a proteção de Deus”, constante no preâmbulo da Constituição, não seria norma jurídica. Logo, enfatizou que o Estado seria simplesmente neutro – não seria religioso, tampouco ateu. Ademais, a laicidade estatal revelar-se-ia princípio que atuaria de modo dúplice: a um só tempo, salvaguardaria as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva estatal nas respectivas questões internas e protegeria o Estado de influências indevidas provenientes de dogmas, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático e qualquer doutrina de fé, inclusive majoritária. Ressaltou que as garantias do

Estado secular e da liberdade de culto representariam que as religiões não guiar-iam o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como os direitos à autodeterminação, à saúde física e mental, à privacidade, à liberdade de expressão, à liberdade de orientação sexual e à liberdade no campo da reprodução. Nesse tocante, dessumiu que a questão debatida não poderia ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas, apesar de a oitiva de entidades ligadas a profissão de fé não ter sido em vão. Isso porque, em uma democracia, não seria legítimo excluir qualquer ator do âmbito de definição do sentido da Constituição. Entendeu que, todavia, para se tornarem aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos deveriam ser devidamente ‘traduzidos’ em termos de razões públicas, ou seja, expostos de forma que a adesão a eles independesse de qualquer crença. A respeito, sobrele-vou que crença não poderia conduzir à incriminação de suposta conduta de mu-lheres que optassem por não levar a gravidez a termo, visto que ações de cunho meramente imoral não mereceriam glosa do Direito penal. ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.04.2012 (ADPF-54).”

Isso não quer dizer que não se possa juridicamente ser contra o aborto ou se alinhar às conclusões pretendidas pelas doutrinas religiosas. Para isso, to-davia, a fundamentação deve ser lastreada em razões eminentemente públicas, como a fundamentalidade do direito à vida, a indisponibilidade desse bem etc. O que não se pode, em um Estado democrático e pluralista, é adotar fundamen-tos de ordem privada, tais quais os dogmas de fé, cuja validade depende de pré- via aceitação da crença.

////////////////////////////////////
 (MPF/ProcuradorRepública/27ºConcurso/2013) Discorra sobre a teoria do impacto desproporcional.

Direcionamento da resposta

A resposta deve localizar a origem da teoria do impacto desproporcional no princípio da isonomia, identificar as formas de discriminação odiosas e es-pecificar o campo de incidência da teoria sobre as chamadas discriminações in-diretas ou invisíveis, que consistem em práticas estatais, empresariais ou semi-governamentais aparentemente neutras, mas que ocasionam danos desproporcionais a grupos vulneráveis.

Sugestão de resposta

Para melhor compreensão dos critérios de correção utilizados pela exa-minadora, mais uma vez, gostaria de transcrever a íntegra de uma resposta que

foi bem avaliada. Aproveito a oportunidade para agradecer ao Procurador da República João Gustavo de Almeida Seixas, que gentilmente autorizou a reprodução da sua resposta, que mereceu nota máxima.

“Segundo a teoria do impacto desproporcional, há normas e medidas adotadas pelo Poder Público que, conquanto sejam a princípio neutras e não tenham por fim provocar ou estabelecer qualquer discriminação indevida, acabam por fazê-lo, atingindo pessoas ou grupos mais vulneráveis. Causam, assim, uma discriminação indireta, ou seja, aquela que abstratamente não se verifica, mas se revela quando da sua aplicação.

O impacto desproporcional deve ser combatido da mesma forma que a discriminação direta, eis que viola o princípio fundamental da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal e vai contra o objetivo da República Federativa do Brasil de promover o bem de todos sem preconceitos e discriminação odiosa (art. 3º, IV, da Lei Maior).

O Supremo Tribunal Federal já aplicou essa teoria quando julgou inconstitucional norma previdenciária que impunha limite de pagamento, para o INSS, do valor do salário-maternidade, pois isso, indiretamente, desestimularia a contratação de mulheres, discriminando-as.”

Conforme poderão observar, a resposta obteve a nota merecida pois abordou todos os aspectos da teoria do impacto desproporcional (*Disparate Impacte Doctrine*), que nada mais é que uma faceta da discriminação injusta ou odiosa, vedada constitucionalmente por ofender o princípio da isonomia.

A discriminação odiosa pode ser direta, consistente na adoção de prática intencional e consciente que adote critério de diferenciação injustificável, ou indireta (também chamada de invisível), bem mais sutil, e que ocorre quando se adota critério aparentemente neutro, que seria justificável, mas que na prática ocasiona um impacto negativo e desproporcional sobre determinado grupo vulnerável.

Uma das melhores definições sobre a teoria é a do ex-Ministro Joaquim Barbosa, que, comentando sobre as políticas afirmativas, explicou que “toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas” (*Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24).

A teoria começou a ser desenvolvida no Direito norte-americano, a partir do julgamento, pela Suprema Corte, do caso *Griggs v. Duke Power Co.* (1971). Na

situação, para promover seus funcionários, uma empresa aplicava testes de conhecimentos gerais. A medida, aparentemente neutra e igualitária, baseada na meritocracia, atingia desproporcionalmente os trabalhadores negros, pois estes, em geral, haviam estudado em escolas de pior qualidade e, portanto, não conseguiam bom desempenho nos testes. O resultado prático da medida foi a promoção apenas de funcionários brancos, o que levou a Suprema Corte a vedar a aplicação do exame.

Daniel Sarmiento cita também o uso da teoria do impacto desproporcional, para evitar discriminações indiretas no campo da igualdade de gênero, pela Corte Europeia de Justiça, no Caso 170/84, *Bilka Kaujhaus vs. Von Hartz*, em que se discutia a validade de um sistema privado de pensão mantido por empresa germânica, o qual negava o benefício a empregados que trabalhassem em regime de tempo parcial.

Segundo o professor, embora não houvesse ali explícita discriminação de gênero, a Corte entendeu que o sistema seria inválido, por violar o art. 119 do Tratado de Roma, que garante a igualdade entre mulheres e homens em relação ao trabalho, tendo em vista que afetaria de forma muito mais intensa as mulheres do que os homens, já que são elas as que, na grande maioria dos casos, trabalham em regime parcial (SARMENTO, Daniel. *Livre e iguais: estudos de Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 150).

No Direito brasileiro, o exemplo mais conhecido da adoção da teoria do impacto desproporcional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, citado na resposta transcrita, ocorreu na discussão sobre a Emenda Constitucional n. 20/1998, que limitou todos benefícios previdenciários, na época, ao teto R\$ 1.200,00, uma regra aparentemente isonômica e neutra.

O problema dessa regra é que, no caso de uma mulher trabalhadora que recebesse salário superior a esse teto, a quem caberia a complementação? Se se entendesse que tal ônus seria do empregador, a regra teria um efeito concreto discriminatório (abstratamente ela era isonômica) no mercado de trabalho e um impacto desproporcional sobre a empregabilidade da mulher, pois aumentariam os custos para o patrão, que iria preferir contratar apenas homens, elevando o fosso de desigualdade entre homens e mulheres e contrariando a regra constitucional proibitiva da discriminação, em matéria de emprego, por motivo de sexo.

Por essa razão, o STF decidiu que “na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo

(art. 7º, XXX, da CF/1988), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da CF. [...] Ação direta de inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar ao art. 14 da EC 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença-gestante a que se refere o art. 7º, XVIII, da CF” (ADI 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 03.04.2003, Plenário, DJ de 16.05.2003).

As hipóteses de aplicação da teoria do impacto desproporcional são as mais variadas. Cite-se, por exemplo, a adoção, como critério para o ingresso na faculdade, apenas o indicador obtido pela escola no Exame Nacional de Avaliação. Aparentemente, esse critério não contém nenhuma discriminação. Todavia, ao se observar que as melhores escolas são particulares, com mensalidades caras e frequentadas em sua imensa maioria por brancos, seria fácil perceber que a aplicação prática dessa medida levaria a uma discriminação (indireta) dos negros de baixo poder aquisitivo, causando, nesse grupo social, um impacto desproporcional.

Esse é um dos fundamentos que levou o Supremo Tribunal Federal a julgar constitucional a política de ações afirmativas, por meio de cotas raciais, para ingresso nas universidades públicas, na ADPF 186-DF, conforme se observa no seguinte trecho do voto do Min. Marco Aurélio de Mello:

“É preciso chegar às ações afirmativas. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação; urge implementar programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar meninos e meninas da rua, dando-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças. O Estado tem enorme responsabilidade nessa área e pode muito bem liberar verbas para os imprescindíveis financiamentos nesse setor.”

Em outra oportunidade, a teoria do impacto desproporcional também foi utilizada como argumento pela Procuradoria-Geral da República na ADI 4424-DF, que defendia a natureza de ação penal pública incondicionada para os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme se observa no seguinte trecho da petição inicial, assinada pela então Vice Procuradora-Geral da República Deborah Duprat:

“Como fartamente descrito no tópico anterior, a interpretação que condiciona à representação o início da ação penal relativa a crime de lesões corporais leves praticado no ambiente doméstico, embora não incida em discriminação direta, acaba por gerar, para as mulheres vítimas desse tipo de violência, efeitos desproporcionalmente nocivos. É que ela, por razões históricas, acaba dando ensejo a um quadro de impunidade, que, por sua vez, reforça a violência doméstica e a discriminação contra a mulher.”