

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1141

(Ano XV)

(11/03/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1141



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1141, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 320. *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Injúria racial à luz da lei 14.532/23Penal
Eduardo Luiz Santos Cabette, 08.

ARTIGOS

O que fazem os tribunais de contas?

Benigno Núñez Novo, 83.

Acordo de não persecução penal: discricionariedade do Ministério Público

Cibelle Machado de Souza Enomoto, 94.

O jus postulandi na justiça do trabalho

Paulo Fernandes Medeiros, 111.

Responsabilidade civil no erro médico

Caio Matheus Cintra Moreira, 135.

As modalidades de provimento originário das forças armadas e dentre as quais são acometidas pela inconstitucionalidade

Adrielle de Oliveira Rosendo Fernandes, 151.

A responsabilidade penal por erro médico

Enzo Tavares Ferreira, 180.

A rescisão do contrato de trabalho pelo distrato e o princípio da proteção ao empregado hipossuficiente garantido pela assistência do sindicato

Yonaria Alves Patricio e Ana Patrícia Rodrigues Pimentel, 195.

O serviço funerário é necessariamente um serviço público no Brasil?

Laís Azevedo Barreto Marques, 213.

A perda de tempo de serviço militar decorrente do cumprimento de pena privativa de liberdade

Gabriel Bacchieri Duarte Falcão, 245.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado nos casos de omissão

Bruno Ramos Mendes, 254.

Multiparentalidade e a ampliação subjetiva das relações familiares

Sarah Lopes de Araújo Freitas, 266.

Aspectos trabalhistas no âmbito do Mercosul

Leonardo Salles Moreira e Kevin Agner Ramos Guedes, 284.

A desmilitarização da polícia militar

Leonardo Freitas Costa, 298.

Prolegômenos de francês jurídico

Thiago dos Santos Rocha, 310.

INJÚRIA RACIAL À LUZ DA LEI 14.532/23

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios¹.

1. INTRODUÇÃO

Neste texto será estudada a Lei 14.532/23, que altera o tratamento legal da chamada “Injúria Racial” e também o crime de Apologia ao Racismo, previsto na Lei 7.716/89, afora outros subtemas.

Um breve histórico do tratamento legal e jurisprudencial dado à questão da Injúria Racial será exposto, seguindo-se uma determinação terminológica para adentrar com mais segurança na discussão das alterações promovidas e do quadro jurídico – penal que agora se desenha.

Ao final, os principais pontos discutidos serão retomados em apresentação de uma síntese conclusiva.

2. BREVE HISTÓRICO DA INJÚRIA RACIAL NA LEI E NA JURISPRUDÊNCIA

O crime de Injúria é previsto em nosso Código Penal dentre os “Crimes Contra a Honra” desde 1940. Inicialmente não havia uma distinção para ofensas proferidas em razão de preconceito de qualquer natureza.

Já o tema do racismo ganha sua primeira previsão legal de repressão com a conhecida “Lei Afonso Arinos” (Lei 7.437/85). Entretanto, as condutas ali previstas eram consideradas meras “Contravenções Penais” (vide artigo 1º. do diploma).

Vale lembrar que o Brasil, no cenário internacional, aderiu à “Convenção Internacional Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial” assinada em 1966 e ratificada por intermédio do Decreto 65.810/69, de forma a internalizar suas normas em nosso arcabouço jurídico.

¹ Contato: cabette@uol.com.br

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o estabelecimento como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil da busca pela “promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º. IV, CF), decorre expressa condenação ao racismo e, mais que isso, a determinação de que seja “crime” inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão (artigo 5º., XLII, CF).

Embora até hoje a Lei Afonso Arinos não tenha sido revogada expressamente, é evidente que a partir de 1988 não estava devidamente recepcionada pela Constituição Federal. Pode-se dizer que no que tange ao combate aos preconceitos em geral e ao racismo em particular havia coerência entre aquela lei ordinária e a Constituição. Mas, não se sustentava mais o tratamento do racismo como mera “Contravenção Penal” com pena de “Prisão simples”. Afinal, a Lei Magna determinava que o racismo deveria ser erigido a “crime” com pena de “reclusão”. Havia um óbvio descompasso entre o “Mandado Constitucional de Criminalização” e a Lei Afonso Arinos.

É nesse contexto que se elabora e aprova a Lei do Racismo, também conhecida como “Lei Caó” (Lei 7.716/89).²

No ano de 1997 ocorre uma primeira situação em que a injúria se mescla com a questão do racismo. A Lei 9.459/97 aumenta o rol protetivo da Lei 7.716/89 que, inicialmente, somente se referia aos “preconceitos de raça e cor”, para adicionar motivações de “etnia, religião e procedência nacional”. Além disso, deu nova redação mais abrangente ao artigo 20 da Lei do Racismo, que trata do crime de “Apologia ao Racismo”. Também alterou o Código Penal para incluir no crime de injúria uma forma qualificada referente a ofensas envolvendo preconceito ou raça, a conhecida “Injúria – Preconceito ou Injúria Racial”, prevista no artigo 140, § 3º., CP.

No seguimento, vem o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) e inclui no § 3º., do artigo 140, CP, além das ofensas ligadas aos preconceitos de raça, cor, etnia, religião e origem, também as questões relativas a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

O crime de Injúria Racial inicialmente, tal qual todos os demais crimes contra a honra era, em regra, de ação penal privada (inteligência do artigo 145, CP). No entanto,

² A denominação “Lei Caó” se dá devido ao Advogado, Jornalista e Político brasileiro, Carlos Alberto dos Santos, também conhecido pelo apelido de “Caó”. Ele foi o Deputado Federal responsável pela autoria da Lei do Racismo. Além disso, como Deputado Constituinte, foi o autor da inclusão do inciso da Constituição que torna o racismo crime inafiançável e imprescritível. Carlos Alberto dos Santos infelizmente faleceu em 04 de fevereiro de 2018 aos 76 anos. Cf. RONCOLATO, Murilo. Quem foi Caó, autor da Lei que definiu o crime de racismo no Brasil. Disponível em <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2018/02/05/Quem-foi-Ca%C3%B3-autor-de-lei-que-definiu-o-crime-de-racismo-no-Brasil>, acesso em 30.01.2023.

com o advento da Lei 12.033/09, a ação penal passou a ser pública condicionada à representação do ofendido, dando-se nova redação ao artigo 145, Parágrafo Único, CP.

O consenso inicial sobre a questão da “Injúria Racial” era o de que não se tratava de um crime de racismo, mas de um crime contra a honra qualificado, já que não previsto na Lei 7.716/89 e sim no Código Penal, sendo fato que a legislação responsável pela criação de tal figura (Lei 9.459/97) poderia perfeitamente a ter incluído na Lei do Racismo e optou por sua alocação como uma espécie de “Injúria Qualificada”.

Contudo o STJ proferiu decisão polêmica a respeito da chamada “Injúria Racial”, promovendo, embora de maneira isolada na época, sua equiparação ao “Crime de Racismo”.

A E. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, contra a doutrina e a jurisprudência absolutamente dominantes na ocasião, que o crime de Injúria Racial ou Injúria Preconceito, previsto no artigo 140, § 3º., CP seria uma modalidade de “crime de racismo”, tal qual os crimes previstos na Lei 7.716/89. 3

É preciso dizer que naquela ocasião e diante do quadro legal existente, pretender equiparar, em conduta de ativismo judicial, a injúria racial a crime de racismo, não elencado na Lei 7716/89 foi uma flagrante violação ao Princípio da Legalidade e uma manifestação de analogia prejudicial ao réu, inviável no Estado Democrático e de acordo com os mais comezinhos princípios do Direito Penal hodierno. Além disso, criava uma espécie de quimera autofágica em que um crime considerado *imprescritível* poderia ter sua extinção de punibilidade decretada devido ao fenômeno jurídico da *decadência*, considerando que a “Injúria Racial” era crime de ação penal pública condicionada.

Não obstante tudo isso, fato é que a questão chegou ao STF. Houve um HC n. 142.583/DF e um ARE 983.531/DF, ambos de relatoria do Ministro Roberto Barroso, além de outro HC n. 130.104/DF, este de relatoria da Ministra Carmen Lúcia. Em todos os casos o STF não entrou no mérito da questão. Apenas foi afirmado tratar-se de problema atinente à violação indireta à constituição por via de norma ordinária, sendo então impossível alterar a decisão do STJ, que seria a corte competente para a palavra final do caso. Percebe-se que, mesmo sem entrar no mérito, acaba o STF corroborando a decisão, a nosso ver equivocada, do STJ. Considera-se lamentável que o chamado “Pretório Excelso” tenha perdido por três ocasiões, a chance de se manifestar conclusivamente sobre tal tema, consignando sua posição sobre ser ou não a injúria racial um crime de racismo. De qualquer forma, embora se enxergue uma “evasão” do tema nas decisões, é preciso ressaltar que o

3 Cf. STJ, AgRg no AREsp 686965/DF, 6ª. Turma, j. 18.08.2015, DJe31.08.2015.

Ministro Barroso acaba, em uma passagem, dando seu aval ao entendimento do STJ. Senão vejamos:

Não cabe, na via do recurso especial, a análise de suposta violação de artigos da Constituição Federal. De acordo com o magistério de Guilherme de Souza Nucci, com o advento da Lei n. 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão (ARE 983.531/DF).

Assim sendo é de se concordar com as manifestações de Ribeiro e Goulart ao afirmarem que

Consoante disciplina o Código Penal, a pretensão punitiva da injúria racial prescreve em 08 (oito) anos (art. 109, IV, Código Penal). Todavia a lei penal sofreu violenta agressão com a decisão do Superior Tribunal de Justiça do Agravo em Recurso Especial 686.965 (DF 2015/0082290-3), decidindo ser o crime de injúria racial imprescritível, ratificada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a admissibilidade do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 983.531, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, da Primeira Turma.

Considerando que o Supremo Tribunal Federal, diante da natureza e rigidez do recurso interposto, limitou-se a um provimento jurisdicional eminentemente processual, a convalidação da decisão do Superior Tribunal de Justiça, que considerou imprescritível o crime de injúria racial, não ocorreu em razão da análise meritória pela Corte Suprema, mas tão somente pela inadmissibilidade do recurso, mantendo, desta forma, inalterada a decisão do STJ. 4

Os autores em comento discordam veementemente e apresentam sérios argumentos contrários à decisão proferida pelo STJ. Para Ribeiro e Goulart “a injúria racial é prescritível” e a decisão do STJ “ocorreu de forma equivocada”, inobservando “os regramentos mínimos que norteiam a instrumentalização do Direito Penal”. Também destacam que a questão da imprescritibilidade e da natureza do crime de injúria racial não chegou a ser enfrentada de forma substancial pelo STF, mediante uma injustificada esquivia em relação à necessária análise de questão de “ordem pública e constitucional” que diz

4 RIBEIRO, Adilson Pires, GOULART, Mariana. Reflexões sobre a recente manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da (im) prescritibilidade do crime de injúria racial. *Boletim IBCCrim*. n. 312, nov., 2018, p. 18.

respeito à prescrição, ocasionando “espanto e desconforto jurídico”.⁵ Em suma, o STF, naquelas ocasiões, perdeu grande oportunidade de dar ao caso a necessária segurança jurídica, em nossa opinião, firmando o caráter de crime contra a honra e não crime de racismo com relação à injúria racial, isso de acordo com o quadro legal então vigente.

Porém, é de ressaltar que, posteriormente, no HC 154.248/DF, o Ministro Edson Fachin denegou ordem de Habeas Corpus, reconhecendo explicitamente a imprescritibilidade do crime de injúria racial, bem como sua condição de crime de racismo.⁶ Além disso, em data de 28.10.2021, em negativa de HC de relatoria do mesmo Ministro Edson Fachin, a tese da imprescritibilidade e caráter de racismo da injúria – preconceito foi firmada, desta feita com “repercussão geral”, o que, ao menos jurisprudencialmente, acaba com qualquer discussão.⁷ Dessa forma, embora se discordasse fortemente desse entendimento jurisprudencial, especialmente tendo em vista a infração à Separação de Poderes e ao Princípio da Legalidade, com a criação de norma penal via jurisprudência, é preciso reconhecer que se estruturou entendimento tanto no STJ como no STF no sentido de que a injúria qualificada pelo preconceito constitui um crime de racismo.

Finalmente, o Congresso Nacional editou a Lei 14.532/23 (oriunda do PL 1749/15, renumerado como PL 4566/21), alterando a Lei do Racismo com a inclusão do artigo 2º. – A que transplanta a “Injúria Racial” do artigo 140, § 3º., CP para a Lei 7.716/89. Essa alteração na legislação resolve a questão da violação do Princípio da Legalidade. Agora, como deve ser, é a *lei* que estabelece que a injúria com elementos raciais em sentido amplo constitui um dos crimes de racismo. A situação anterior era absurda, para dizer o mínimo, já que tínhamos uma normatização de caráter penal de grande monta produzida via jurisprudência. Infelizmente esse período tenebroso sob o ponto de vista técnico e de garantias penais irá ainda hoje exercer influência na interpretação de aplicação dos novos dispositivos, como veremos ao longo deste trabalho.

3. UM ESCLARECIMENTO TERMINOLÓGICO

Concedendo os créditos a quem os merece como não pode deixar de ser até mesmo por questão de justiça, honestidade intelectual e metodologia científica, abordar-se-á neste tópico uma distinção conceitual, ou melhor dizendo, terminológica apresentada

⁵ Op. Cit., p. 19.

⁶ Cf. FACHIN, Edson. VOTO. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC154248.pdf>, acesso em 18.12.2020.

⁷ STF decide que crime de injúria racial é imprescritível. Disponível em <https://www.correiopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADtica/stf-decide-que-crime-de-inj%C3%BAria-racial-%C3%A9-imprescrit%C3%ADvel-1.714859>, acesso em 28.10.2021. Apenas votou de forma diversa, alegando a prescritibilidade e o envolvimento de bens jurídicos diversos, o Ministro Nunes Marques, com quem concordamos, de acordo com o quadro da época.

pelos autores Francisco Sannini e Bruno Gilaberte. Trata-se da individualização de termos que usualmente são empregados de forma indiferenciada no trato da questão do racismo, mas que, na verdade, têm conteúdos e natureza diversificados entre si. São eles "preconceito", "discriminação" e "segregação".

Nada melhor do que começar pela palavra original dos autores:

Um parêntese conceitual: embora muitas vezes usemos os termos preconceito, discriminação e segregação de forma livre, sem preocupação com seu correto conteúdo, eles são diferentes entre si. Por preconceito (do qual o racismo é uma espécie), entenda-se a opinião negativa e desapegada da realidade sobre uma pessoa ou um grupo de pessoas; a discriminação, ao seu turno, é a ação. Uma discriminação pode ser positiva (no caso de ações afirmativas, por exemplo), mas, quando negativa, será determinada por um preconceito. A Lei 7.716, em dispositivo incluído pela Lei 14.532, estabeleceu parâmetros para o reconhecimento das formas de discriminação por ela incriminada. Segregação, por fim, é uma forma de exclusão, de criação de barreiras físicas ou sociais que impedem o livre exercício de direitos. Assim, não é desarrazoado falar-se em "racismo discriminatório" ou em "racismo segregatório", a fim de distinguir as hipóteses. 8

Em suma, o preconceito tem morada no mundo das ideias e dos sentimentos, é um estado de espírito ("de porco" como se diz popularmente). A discriminação consiste em atos e omissões (condutas efetivamente) que, em seu aspecto negativo, irão prejudicar determinadas pessoas ou grupos. Essas condutas de discriminação consistem basicamente em formas ou regras de tratamento opressivas e excludentes. Finalmente, a segregação consiste na separação, na imposição de obstáculos físicos ou sociais, impedindo a integração da pessoa, sua inclusão na vida comum em sociedade. São exemplos históricos de segregação radical os guetos nazistas, o apartheid na África do Sul, os "Dalits" ou "Intocáveis" das castas indianas etc.

Pode-se afirmar que embora os termos acima mencionados tenham significados e conteúdos diversos, geralmente atuam em uma simbiose maligna. O "preconceito" é a raiz de uma árvore tortuosa da qual podem brotar os frutos venenosos da "discriminação negativa" e da "segregação". Essa ordem simbiótica obedece o que se poderia chamar de uma "lei" no âmbito sociológico, histórico e político, qual seja, nada do que se apresenta

8 SANNINI, Francisco, GILABERTE, Bruno. Lei n. 14.532/23 e o combate ao racismo. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/101994/lei-14-532-23-e-o-combate-ao-racismo>, acesso em 1º.02.2023.

como conduta, evento ou acontecimento se produz sem antes ter surgido no mundo das ideias e dos sentimentos humanos.

Partindo dessas distinções terminológicas é possível dizer que na realidade as condutas previstas na Lei do Racismo configuram, conforme sublinham Sannini e Gilaberte, "Racismo Discriminatório" e "Racismo Segregatório". O racismo em sua forma de "preconceito" normalmente será o alimento ou combustível para as condutas incriminadas, de modo a se situar no "iter criminis" como "cogitação" ("Cogitatio"). O Direito Penal pune condutas e não pensamentos ou sentimentos internos. O "preconceito", portanto, enquanto mantido em foro íntimo, sem consequências no mundo externo, pode, no máximo, ser atingido pela repulsa moral.

4. O NOVO TRATAMENTO LEGAL DA INJÚRIA RACIAL

A Lei 14.532/23 altera não somente a topografia da "Injúria racial" como também o conteúdo do tipo penal.

Agora aquilo que era somente previsto no artigo 140, § 3º, CP passa a ser dividido entre essa anterior normatização e o novel artigo 2º. – A da Lei 7.716/89.

A redação dos dispositivos fica assim:

Art. 2º. – A. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional.

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa (Lei 7.716/89).

Art. 140, § 3º. Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa (Código Penal Brasileiro).

Note-se que a transposição da "Injúria Racial" para a Lei do Racismo não foi completa. Quando a injúria se referir a "raça, cor, etnia ou procedência nacional" será aplicado o artigo 2º. – A da Lei 7.716/89. No entanto, se a injúria consistir em ofensas ligadas à "religião" ou "condição de pessoa idosa ou com deficiência", a aplicação será do artigo 140, § 3º, CP.

Não por outro motivo, Costa, David e Bretz oportunamente sugerem que se passe a usar o “nomen juris” “Injúria Racista ou Racial” para o artigo 2º. – A da Lei 7.716/89 e a terminologia “Injúria Preconceito” para o artigo 140, § 3º., CP. 9

A nosso ver essa transposição parcial não somente não se justifica sob o critério da proporcionalidade e isonomia, como também somente vem para ocasionar dúvidas, questionamentos, enfim, mais insegurança jurídica.

Considerando que ao injuriar alguém por qualquer dos elementos mencionados nos dispositivos acima transcritos se está conferindo tratamento negativo à vítima, configurando-se, em qualquer caso uma situação de “Racismo Discriminatório”, não existe motivo plausível para um tratamento diferenciado entre os casos. Não há razão para que as penas sejam diversas, maiores para, por exemplo, uma ofensa relativa à cor e menores para outra ofensa relativa à religião e assim por diante. Afora isso, não há motivo para que legalmente certas discriminações perpetradas por ofensas verbais sejam alocadas na legislação de racismo, com um valor simbólico muito mais intenso, enquanto outras discriminações tão repulsivas quanto as demais permaneçam no Código Penal, na legislação comum, como numa “vala comum”, passando uma mensagem igualmente simbólica de menoscabo.

A crítica de Botelho a essa opção legislativa tresloucada é severa:

Não custa nada lembrar por fim, que mais uma vez o desatento legislador brasileiro pratica uma brutal discriminação contra algumas categorias da sociedade brasileira, ao enquadrar tão somente como racismo as violações referentes aos elementos de raça, cor, etnia ou procedência nacional, deixando de escanteio as importantes questões referentes à liberdade religiosa, condição de pessoa idosa ou com deficiência.

Não custa nada perguntar; noutra seara, perguntar não ofende: será que alguém de procedência estrangeira é mais importante que a liberdade religiosa, ou condição de pessoa idosa ou com deficiência? Releva ainda afirmar que o legislador violou com pena de morte o princípio da proporcionalidade ao criar uma reprimenda menor a quem pratica crime de injúria racial contra a pessoa em razão de sua opção religiosa ou condição de pessoa idosa ou com deficiência.

9 COSTA, Adriano de Sousa, DAVID, Ivana, BRETZ, William. Comentários sobre a injúria racista recreativa. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jan-17/comentarios-injuria-racista-recreativa> , acesso em 1º.02.2023.

Pobre do legislador, inconsequente, negligente, deitado em berços esplêndidos que mais uma vez presta um insofismável e inexorável desserviço à sociedade brasileira. 10

Também chamam a atenção para esse aspecto, especialmente quanto à injúria religiosa, Costa, David e Bretz:

A Lei 9.459/97 incluiu as circunstâncias de etnia, de religião e de procedência nacional na definição de injúria racial (artigo 140, §3º do CP); contudo essa lógica foi abandonada parcialmente na novel redação do artigo 2º-A.

O legislador cometeu o equívoco de permitir que a discriminação religiosa remanesça no crime de injúria preconceito, não sendo transportada para o novel artigo 2º-A.

Essa decisão chama a atenção pois a discriminação religiosa — em todas as suas facetas — foi pano de fundo de uma das atrocidades da história da humanidade. O holocausto se originou das entranhas da intolerância religiosa, enraizando-se, gradualmente, na sociedade, com a permissividade de grupos de interesse oportunistas que, almejando proveitos pessoais, promoveram atos de extirpação de incontáveis vidas. E, no Brasil, o debate sobre o antissemitismo foi objeto de *case* do STF (HC 82.424) no qual se reconheceu o racismo religioso. 11

É realmente algo que causa intensa perplexidade ver surgir uma legislação de combate ao racismo que deixa de lado a questão do “racismo religioso”, especialmente após as atrocidades nazistas e comunistas perpetradas no século XX 12 e que ainda seguem em ação, seja no plano ideológico e até mesmo prático.

10 PEREIRA, Jeferson Botelho. Nova roupagem do crime de injúria racial. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/101958/nova-roupagem-do-crime-de-injuria-racial-repercussoes-processuais-no-deslocamento-topografico-da-figura-tipica>, acesso em 1º.02.2023.

11 COSTA, Adriano de Sousa, DAVID, Ivana, BRETZ, William, Op. Cit.

12 Exemplo histórico, além do holocausto, é o chamado “Experimento Pitesti” na Romênia comunista. Cf. IERUNCA, Virgil. *El Experimento Pitesti*. Trad. Joaquín Garrigós. Madrid: Xorki, 2019, “passim”. A respeito da “Cristofobia”, veja-se: ANTEQUERA, Luis. *Cristofobia: A perseguição aos cristãos no século XXI*. Florianópolis: ID, 2020, “passim”. MARSHALL, Paul, GILBERT, Lela, SHEA, Nina. *Perseguidos – O ataque global aos cristãos*. Trad. Emerson Justino. São Paulo: Mundo Cristão, 2014, “passim”. ROCCELLA, Eugenia, SCARAFFIA, Lucetta. *Contra o Cristianismo: A ONU e a União Europeia como nova ideologia*. Trad. Ruy Albino de Assunção. Campinas: Ecclesiae, 2014, “passim”. Neste último livro principalmente, talvez se

O antissemitismo sob seu aspecto religioso jamais poderia ser olvidado numa legislação moderna, assim como a história milenar da "Cristofobia", perseguição a religiões afrobrasileiras, discriminações de vários matizes contra evangélicos etc.

Os autores acima citados, diante desse quadro assustador, tentam apontar uma possível motivação para a exclusão do "racismo religioso" da Lei 7.716/89:

De outro turno, a decisão legislativa de não potencializar o *status* da injúria religiosa pode ter se dado para não criminalizar de forma mais ampla o proselitismo religioso, vez que o STF inclusive já reconheceu sua licitude (ROHC nº 134.682/ BA), permitindo-se que adeptos de uma religião busquem o resgate religioso de integrantes de outras religiões ou seitas. 13

É indiscutível que o proselitismo religioso jamais pode ser incriminado, pois parte integrante e indissociável do Direito de Liberdade Religiosa. É da natureza das religiões a certeza subjetiva do adepto de que aquela religião por ele seguida é a única correta e, especialmente, que contém a Verdade. Incriminar o direito a essa crença pessoal e sua defesa seria mutilar ou mesmo aniquilar a liberdade religiosa.

Dentre as várias modalidades do conhecimento humano, podem-se destacar quatro: Ciência, Filosofia, Lógica Matemática e Religião. Pois bem, a Lógica Matemática, dado seu nível de elevada abstração não se presta a valorações subjetivas de "certeza", mas apenas de "exatidão" e "correção". A Ciência e a Filosofia não admitem a "certeza" em geral ou uma noção de "Verdade" indiscutível. Ao reverso, esses ramos do conhecimento humano têm como elemento constitutivo o constante confronto de ideias e a possibilidade de contraditar qualquer proposição. Diversamente, o conhecimento religioso é diretamente ligado ao estado subjetivo de "certeza" e ao conceito dogmático e absoluto de "Verdade". É somente no âmbito religioso que o pensamento e a ação humanos têm a pretensão e a convicção da posse da "Verdade". Isso é dito para deixar claro que o tratamento do "racismo religioso" na Lei do Racismo não poderia jamais tocar na convicção e no proselitismo, na possibilidade de que uma religião, por meio de seus adeptos, contrastasse fortemente outras religiões, é claro que sem o emprego de violência ou ofensas gratuitas que se desviem da defesa de suas crenças e convicções e da negação de outras diversas. Assim sendo, não nos parece ser justificável o afastamento do "racismo religioso" pela Lei 14.532/23 da Lei 7.716/89.

encontre um dos grandes motivos para que o "Racismo Religioso" seja ignorado pela lei. Recomendo a leitura aos interessados, já que este espaço não permitiria o devido desenvolvimento do tema.

13 COSTA, Adriano de Sousa, DAVID, Ivana, BRETZ, William, Op. Cit.

Ainda reforçando a crítica dessa paradoxal “discriminação” injusta causada pela própria Lei 14.532/23 que, em tese, pretende combater as discriminações negativas, vale mencionar o escólio de Sannini e Gilaberte:

Essa divisão entre injúria por preconceito e injúria racial cria uma situação de desproporcionalidade, especialmente no tocante ao preconceito religioso. O art. 1º da Lei 7.716 iguala, para fins de aplicação do diploma, o preconceito e a discriminação por motivos de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional. Em quase todos os tipos penais da lei essas espécies de preconceito são igualadas. A ruptura promovida pelo art. 2º-A, faz com que se puna a injúria de raça, cor, etnia ou procedência nacional com uma pena de reclusão, de 2 a 5 anos, ao mesmo tempo em que, à injúria religiosa, fica reservada a sanção anterior, de reclusão de 1 a 3 anos. Ou seja, provoca-se uma desequiparação injustificada.

Qual é a solução para essa perplexidade?

(A) Reconhecer-se a inconstitucionalidade da manutenção da injúria religiosa no art. 140, § 3º, do CP, usando o art. 1º da Lei 7.716 para integrar a norma do art. 2º-A (soluciona-se o problema da proporcionalidade, mas cria-se uma possível afronta à legalidade);

(B) a manutenção da atual dicotomia, o que implica vício de proporcionalidade.

Ou seja, não há uma solução totalmente satisfatória. 14

É preciso, no entanto, destacar que não é possível, sem reforma legal, pretender superar a violação à proporcionalidade com a aplicação da pena mais gravosa da Lei 7.716/89 para as figuras que foram esquecidas no artigo 140, § 3º, CP, pois isso violaria terrivelmente o “Princípio da Legalidade das Penas” (“nulla poena sine praevia lege” – “não há pena sem prévia lei”) e da vedação de analogia “in mallam partem”. Infelizmente a divisão terá de ser mantida enquanto não houver alteração na lei. E a única forma de aplicar dentro dos princípios que regem o Direito Penal Moderno a proporcionalidade, seria mediante o uso da pena menor, prevista no artigo 140, § 3º. CP nos casos do artigo 2º. – A, da Lei 7.716/89, já que se trataria de uma atuação informada pelo “Favor rei”. Enfim, nenhuma solução é ideal, salvo a reforma legal para corrigir esse erro crasso do legislador.

14 SANNINI, Francisco, GILABERTE, Bruno, Op. Cit.

Na realidade, a nosso sentir, a Lei do Racismo deveria ser alterada, e se perdeu essa oportunidade agora, promovendo duas grandes guinadas essenciais:

1) Sem retirar o termo “Racismo” que embora tenha perdido seu significado científico (pseudocientífico) na atualidade, mantém importante face histórico – simbólica, seria mais correto alterar a ementa da legislação fazendo referência a toda e qualquer forma de “discriminação negativa” ou “segregação” por motivo de “preconceito”. Assim, os tipos penais da Lei 7.716/89 ganhariam abrangência e questões como a chamada homotransfobia que já levaram a mais uma violação da Separação dos Poderes e do Princípio da Legalidade, estariam solvidas.¹⁵ Ademais, quaisquer atitudes informadas pelo preconceito seriam passíveis de apenação, não sendo necessário o recurso de, a cada fenômeno social discriminatório negativo ou segregatório, haver alteração legal ou, pior, ativismo judicial violador da legalidade penal. Essa abrangência ampla da incriminação de discriminações negativas e segregações, ademais, estaria em plena consonância com o disposto no artigo 3º., IV, CF, que finaliza sua dicção demandando o combate, não a um ou outro preconceito casuisticamente enumerado ou “*numerus clausus*”, mas se referindo genericamente a “quaisquer outras formas de discriminação” (“*numerus apertus*”).

2) Sendo o Racismo considerado como uma conduta criminosa de alta gravidade (como não poderia deixar de ser), impõe-se uma revisão dos preceitos secundários dos tipos penais (penas). As penalidades previstas legalmente para os crimes de racismo são muito brandas, considerando a gravidade das infrações ali previstas. Há um laxismo penal violador da proporcionalidade com relação à proibição de insuficiência protetiva.

Saliente-se que mesmo a passagem legal da “Injúria Racial” para a Lei de Racismo, ainda que procedida na sua totalidade e de acordo com o devido processo legislativo, não nos parece a melhor medida, sendo que a antiga e tradicional distinção entre crimes de racismo e mera injúria era um modelo muito mais racional e proporcional. Essa atual alteração se movimenta em apelos emocionais marcados pelo politicamente correto, afastando a cientificidade do Direito e permitindo sua substituição pela política rasa e influências midiáticas abaixo da mediocridade. Nesse passo, é preciso lembrar com Penn que mesmo homens plenos de conhecimento podem ser instrumentalizados por outrem sem sequer perceberem. Em suas palavras de sabedoria:

¹⁵ Vide: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal. Chamam a atenção para essa perda de oportunidade de tratamento da questão de preconceito, discriminação ou segregação de pessoas em razão de homotransfobia, Sannini e Gilaberte: “Entre outros pontos mais sensíveis, destacamos o fato de o legislador não ter inserido expressamente na Lei de Racismo a tutela de condutas homotransfóbicas, nos termos do que foi decidido pelo STF”. Cf. SANNINI, Francisco, GILABERTE, Bruno, Op. Cit.

O conhecimento é o tesouro, mas o julgamento é o tesoureiro de um homem sábio. Aquele que tem mais conhecimento do que julgamento, é feito para o uso de outro homem mais do que para o seu. 16

Antes da alteração legal o que se criticava duramente era um ativismo judicial indevido, violador inclusive da divisão de poderes e da legalidade penal. Isso porque, se for verdade que a punição da injúria racial, que diferia amplamente do artigo 20 da Lei 7716/89, como crime contra a honra e não como crime de racismo, se constituía em uma espécie de inconstitucionalidade por deficiência protetiva, então o caminho não seria que o Judiciário se arvorasse, como o fez, em legislador, procedendo a uma interpretação construída com analogia prejudicial ao réu. O caminho era a proposta de “lege ferenda” para alteração do quadro legislativo, revogando-se o § 3º, do artigo 140, CP e transplantando o ilícito para o bojo da Lei 7716/89. Aí sim, então, a injúria racial tornar-se-ia, legitimamente, um crime de racismo com todas as consequências correlatas. Foi o que se processou, ao menos parcialmente, com o advento da Lei 14.532/23.

Entende-se que mesmo essa reforma escorreita não seria o melhor caminho porque se trataria de uma reação violadora da proporcionalidade, onde a proclamada inconstitucionalidade por deficiência protetiva se converteria em inconstitucionalidade por excesso. Um mero xingamento verbal ou gestual direcionado a um indivíduo não se pode equiparar a crime de racismo dentro de um mínimo de razoabilidade e proporcionalidade. Afirmer isso não é defender quem assim atua, mas deixar claro que a reação penal tem de ser adequada à gravidade da ofensa, sob pena, inclusive, de banalizar o que se entende por efetivo “racismo”.

Há inclusive quem na doutrina entenda que a punição especial da injúria racial já violava e em parte continuaria violando, naquilo que lhe restou com a reforma, a proporcionalidade se comparada sua pena prevista com a de outros crimes como um homicídio culposo, aborto consentido, crimes de perigo individual etc. Damásio dá o exemplo daquele que ofende alguém de “alemão batata” e recebe pena idêntica àquele que mata um feto ou pena menor do que aquele que mata alguém culposamente. 17

16 PENN, William. *The Peace of Europe – The Fruits of Solitude and Other Writings*. New York: E. P. Dutton & Co., 1907, p. 42 - 43. Também disponível na internet: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.100012/page/n11/mode/2up>, acesso em 1º.02.2023. No original: “Elknowledge is the treasure, but judgment the treasurer of a wise man. He that has more knowledge than judgment is made for another man’s use more than his own”.

17 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. Volume 2. 32ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 265. No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 3. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 375 – 376. Este autor por último citado alerta para o perigo de “uso abusivo da proteção legal”. Op. Cit., p. 376.

Pode-se afirmar, portanto, que a anterior conduta ativista judicial do STJ e do STF foi equivocada e equiparou condutas que não são equiparáveis dentro do quadro legislativo da época. E mais, que não deveriam mesmo ser equiparadas, ainda que obedecendo a um processo legislativo adequado, conforme em parte se fez com a Lei 14.532/23.

Sannini e Gilaberte chamam a atenção para o fato de que a inclusão da “Injúria Racial” na Lei 7.716/89 pela Lei 14.532/23 criou um problema grave de proporcionalidade, com a previsão de uma pena maior para uma mera injúria do que para os tipos penais de “racismo discriminatório e segregatório” previstos no mesmo diploma. Isso certamente é uma prova da atuação de um “Direito Penal Simbólico”, movido pela influência midiática e do politicamente correto, que acaba conturbando o sistema jurídico em sua estrutura sistemática. Veja-se a lição dos autores:

Além daquilo que já foi mencionado, há outros problemas de proporcionalidade na alteração legislativa. Vejamos: a injúria racial prevista na Lei 7.716, consistente numa ofensa à vítima, é punida com reclusão de 2 a 5 anos. Já a conduta recusar ou impedir o acesso a estabelecimento comercial, por exemplo, que tem evidente caráter segregador, é punida com reclusão de 1 a 3 anos. Entretanto, a forma mais grave de racismo é aquela que segrega, ou seja, que limita direitos e liberdades públicas por razões de discriminação ou preconceito. É evidente que ao ofender uma pessoa por motivos de cor, por exemplo, o agente também promove o racismo, mas de forma menos significativa daquele que se recusa a atender uma pessoa em um restaurante pelo simples fato de ela ser negra. 18

Seja como for, “*legem habemus*” e é preciso prosseguir em sua análise detida.

Uma alteração que chama a atenção é que no artigo 2º. – A da Lei do Racismo a ofensa não mais é descrita como aquela que “consiste na utilização de elementos referentes a..”, como no artigo 140, § 3º., CP. No artigo 2º. – A, a ofensa deve se dar “em razão de...”. Significa dizer que no artigo 140, § 3º., CP se descrevia e continua descrevendo um “modus operandi” objetivo, o emprego de expressões discriminatórias, com “*animus injuriandi*”, a vontade de ofender a dignidade ou decoro de outrem, mas sempre com o emprego de expressões referentes à condição da pessoa contra a qual se tem algum preconceito. Já no artigo 2º.-A, o uso de expressões ou palavras discriminatórias ofensivas deve ser marcado por um elemento subjetivo, uma “motivação” racista, preconceituosa,

18 SANNINI, Francisco, GILABERTE, Bruno, Op. Cit.

discriminatória ou segregatória, não importando qual a expressão ou palavra utilizada, desde que o que tenha motivado o agente seja o racismo. É de se concluir que no artigo 2º. – A, da Lei 7.716/89 não mais se exige a ofensa com o emprego objetivo de expressões e/ou palavras relativas a raça, cor, etnia ou procedência nacional, basta que o impropério ou xingamento tenha se dado “em razão” de racismo. Quando se xingar uma pessoa negra, por exemplo, de salafrária, dever-se-á perquirir se isso se deu de forma genérica, como se faria com um branco ou se o xingamento derivou do preconceito racial. Em não havendo o preconceito o crime será o de injúria simples do Código Penal. Havendo o preconceito, mesmo sem o elemento objetivo de palavras ou expressões ligadas à cor, como por exemplo, “neguinho salafrário” (sic), o crime será o do artigo 2º. – A da Lei 7.716/89. É evidente que quando essas palavras ou expressões forem ditas será muito mais fácil aferir o dolo racista. Não havendo seu emprego a aplicação desse dolo racista será mais complicada em termos probatórios e, na dúvida, deverá ser afastado o crime da legislação especial, aplicando-se a injúria simples do Código Penal (“in dubio pro reo”). 19

Outra novidade é a previsão no Parágrafo Único do artigo 2º. – A da Lei 7.716/89 de uma causa especial de aumento de pena da ordem da metade em caso de concurso de agentes (se o crime for cometido por duas ou mais pessoas). A exacerbação punitiva se justifica pela potencialização da lesividade da conduta, considerando o número de sujeitos ativos. E esse aumento será aplicável não importando se um dos concorrentes é inimputável (v.g. doente mental sem discernimento ou menor de 18 anos). A lei prevê o aumento devido ao concurso de duas ou mais “pessoas”, não importando sua imputabilidade, bastando que sejam “pessoas”. Um detalhe: se o concorrente for menor de 18 anos, este responderá nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) por ato infracional correlato. Por seu turno, o maior que com ele atuou responderá, pelo crime de racismo majorado pelo concurso de agentes e também pelo crime de “Corrupção de Menores” (artigo 244 – B, ECA) em concurso formal de infrações.

Por derradeiro uma pergunta se impõe:

Embora os casos de discriminação injuriosa religiosa, etária e capacitista permaneçam no artigo 140, § 3º., CP com penas menores, ainda seria defensável a tese de que constituem “crime de racismo” excepcionalmente previsto fora da Lei 7.716/89?

Responderemos essa questão em item próprio mais adiante neste texto.

5. OUTROS AUMENTOS DE PENA DA INJÚRIA RACIAL E DOS DEMAIS CRIMES DE RACISMO DA LEI 7.716/89

19 Neste sentido: SANNINI, Francisco, GILABERTE, Bruno, Op. Cit.

Além da majorante especial prevista para o crime de “Injúria Racial” (artigo 2º. – A, Parágrafo Único da Lei 7.716/89), a Lei 14.532/23 trouxe ao cenário outras causas de aumento de pena gerais, aplicáveis, portanto, não somente à “Injúria Racial”, mas a todos os demais crimes da Lei de Racismo.

5.1 DO RACISMO RECREATIVO

O artigo 20 – A prevê aumento de pena da ordem de um terço até a metade, quando os crimes de racismo “ocorrerem em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação”. 20

Houve muita reação a essa disposição legal, considerando que pode funcionar como um entrave à liberdade artística dos humoristas. E realmente pode se tornar um terrível instrumento de cerceamento a essa categoria e às pessoas em geral, dependendo do alcance interpretativo que seja conferido ao dispositivo. Infelizmente, a prognose é que haja mesmo uma aplicação marcada pela influência midiática, ideológica e politicamente correta, tornando-se o dispositivo um instrumento de opressão.

No entanto, o correto entendimento acerca dessa causa de aumento de pena é que somente pode ser considerada quando o intuito recreativo ou humorístico não seja real, mas uma espécie de pretexto ou subterfúgio para a prática velada de racismo. Ou seja, quando ficar nítido que a pessoa apenas finge ou afeta tom de brincadeira, mas o intuito é de ofensa, discriminação ou segregação. A análise do caso concreto deverá ser meticulosa, impedindo injustiças, inclusive em caso de dúvida (“in dubio pro reo”), exigindo-se muito cuidado até mesmo para a deliberação de instauração de procedimentos de investigação criminal ou, ainda pior, processos penais desarrazoados.

Pode-se fazer uma comparação com a chamada conduta “passivo – agressiva”, onde se ofende, humilha ou constrange de maneira dissimulada, irônica, sarcástica ou indireta.

Como bem esclarece Furtado:

Pessoas com comportamento passivo-agressivo possuem a habilidade de simular carinho quando no fundo desejam menosprezar, controlar ou ridicularizar. Normalmente não fazem elogios e quando fazem, a apreciação vem sempre

20 Para aprofundamento sobre o tema do chamado “Racismo Recreativo”: MOREIRA, Adilson. *Racismo Recreativo*. São Paulo: Pólen, 2019, “passim”.

acompanhada por uma frase desagradável que estraga a “boa intenção” inicial. 21

A agressividade ou ofensividade se manifesta de forma velada ou silenciosa, mas não deixa de existir. Nas palavras de Brum:

“A comunicação passivo-agressiva é uma forma de expressar sentimentos de raiva ou insatisfação de maneira silenciosa”. 22 Acaso essa “raiva”, “ódio”, “insatisfação”, “repulsa” ou “preconceito” sejam manifestações furtivas ou evasivas de racismo com o uso do recurso da recreação como pretexto, estaremos diante da situação de “Racismo Recreativo”. Caberá ao intérprete e aplicador da lei cavar fundo para encontrar sob a camada recreativa ou jocosa o intento preconceituoso ofensivo.

Dessa forma esta causa de aumento de pena agora prevista para os crimes de racismo equivale, “mutatis mutandis”, ao emprego de “meio insidioso” como qualificadora do homicídio. É a conduta de agir de forma dissimulada, pérfida, acobertando os reais desígnios que justifica a maior reprovabilidade da conduta.

Sannini e Gilaberte muito bem descrevem essa situação, delineando a aplicabilidade do chamado “Racismo Recreativo” àquelas “manifestações preconceituosas **travestidas** de *animus jocandi*” (grifo nosso). 23 Chamam ainda a atenção para o fato de que mesmo no caso de “meras brincadeiras” poderá haver responsabilização, mas desde que o agente “possua a consciência de seu conteúdo preconceituoso e potencialmente ofensivo”. 24 Nesse passo acrescentamos que se não fosse assim, estaríamos diante de um quadro inviável de “Responsabilidade Objetiva” com violação direta ao disposto no artigo 19, CP. É ainda preciso destacar que a conduta será passível de ajuste ao artigo 20 – A em estudo somente se perpetrada em sua forma dolosa (dolo direto ou ao menos eventual). Não há previsão e nem deveria jamais haver, de conduta meramente culposa. Como concluem com correção os autores em destaque, essa consciência e intenção do agente que deve estar presente se constitui em uma manutenção “de um resquício de *animus injuriandi*” para autorizar eventual punição. 25 Sem essa consciência de ofensividade não há crime e muito menos razão convincente para exacerbação penal nos termos do artigo 20 – A da Lei 7.716/89. E concluem os estudiosos:

21 FURTADO, Cíntia. O que é comportamento passivo – agressivo? Disponível em <https://melkberg.com/2021/05/21/o-que-e-comportamento-passivo-agressivo/>, acesso em 03.02.2023.

22 BRUM, Débora. *Comunicação Assertiva*. São Paulo: Literare Books International, 2021, p. 42.

23 SANNINI, Francisco, GILABERTE, Bruno, Op. Cit.

24 Op. Cit.

25 Op. Cit.

Ademais, manifestações críticas, ainda que realizadas com bom humor, mas desapegadas de caráter preconceituoso ou discriminatório, jamais poderão ser consideradas criminosas, pois conferem plenitude ao direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento. 26

Sem essa necessária razoabilidade diversas questões polêmicas passariam a ser alvo de proibição no debate público, mesmo em casos de críticas formuladas em tom de humor ou brincadeira. Por exemplo, qualquer discussão acerca de cotas raciais, políticas relativas a povos originários, dissensos religiosos, políticas de migração e imigração ou de concessão de refúgio etc.

Observação também interessante é feita por Costa, David e Bretz quanto à equiparação no artigo 20 – A da Lei de Racismo entre um elemento objetivo (“contexto” recreativo) e um elemento subjetivo (“intuito” recreativo). Enquanto o primeiro se refere, por exemplo ao local ou circunstância (teatro, TV, rádio, festa, roda de amigos) o segundo se mostra como um elemento intencional. 27 Não obstante, em qualquer situação não se deve pensar que o intento ofensivo ou “animus injuriandi” é dispensável, elevando o “animus jocandi” a conformador de elemento subjetivo típico isoladamente, o que seria um rematado absurdo. Os autores defendem a necessidade de “coexistência” de dois dolos específicos, ao que chamam de “*dolo específico ao quadrado*”. 28 Ou seja, há necessidade da presença do “animus injuriandi” que se tenta ocultar por um falso “animus jocandi” ou intuito recreativo.

Pode causar certa estranheza que a expressão utilizada tenha sido “dolo específico ao quadrado” e não simplesmente “dolo específico duplo” ou “dolo específico somado”. Isso porque se fizermos uma transdisciplinaridade com a matemática, na verdade o que se está exigindo é a presença de um dolo *mais* (adição) outro. São dois dolos somados. A operação não é de potenciação ou exponenciação propriamente dita, ao menos num primeiro olhar, pois, ao pé da letra, se elevássemos um dolo ao quadrado isso corresponderia a 1×1 e resultaria em 1, um giro de 360 graus sem sair do lugar. E se pensarmos em dois dolos elevados ao quadrado, isso significaria na solução matemática em que surgiriam então quatro dolos, o que também não tem sustento. Acontece que os autores usam a expressão porque entendem que o “animus injuriandi” é potenciado ou exponenciado pelo disfarce do falso “animus jocandi”. Daí a afirmação pode ser acatada

26 Op. Cit.

27 COSTA, Adriano de Sousa, DAVID, Ivana, BRETZ, William, Op. Cit.

28 Op. Cit.

não diretamente, mas como uma figura de linguagem metafórica. Não há dúvida quanto ao acerto dos autores nessa operação estilística muito bem posta. Vejamos:

A intenção recreativa é a razão **exponencial** do *animus injuriandi*, pois facilita e **potencializa** a consolidação do preconceito nas estruturas sociais (grifos nossos).

Por isso, a nosso ver, a injúria racista ordinária requer somente o *animus injuriandi* para a sua consumação. Contudo, se as palavras racistas e injuriosas forem proferidas com intuito ou no contexto recreativos, servindo o autor de tal subterfúgio para **camuflar o seu inequívoco intuito de ofender, torna-se possível a incidência da injúria racista majorada pelo contexto ou intuito recreativo** (grifo no original).

A conduta racista injuriosa, quando escamoteada pelo manto da menor reprovabilidade social, é estruturalmente mais grave do que a conduta realizada às claras e perceptível em sua intencionalidade real por todos. Por isso a possibilidade de majoração da pena, frisamos.
29

Seguindo no caminho desse intento necessário de procurar camuflar o racismo com suposta descontração, brincadeira ou divertimento, o mesmo raciocínio deve ser empregado, no que tange à “Injúria Preconceito”, prevista no artigo 140, § 3º., CP (religiosa, etária ou capacitista), quando se trata de reconhecimento da chamada “imunidade judiciária, literária, artística, [científica] e funcional”, conforme disposto no artigo 142, CP para os crimes de injúria e difamação (a calúnia não é abrangida pela imunidade). Se fica claro que a pessoa apenas se acoberta nessas atividades com “inequívoca intenção de injuriar ou difamar” não fará jus à imunidade alguma, respondendo pela “Injúria Preconceito” ou mesmo pela difamação praticadas. Chamam a atenção os autores em destaque para a inexistência de direitos constitucionais absolutos e, conseqüentemente, ainda com maior razão, para a não existência de imunidades penais absolutas derivadas da lei ordinária (Código Penal). São assertivos, Costa, David e Bretz ao afirmarem que “qualquer pessoa que ofenda alguém, travestindo sua intencionalidade racista de rótulos laborais, não se faz merecedor da proteção legal”.³⁰ Acrescente-se que para alguns toda essa discussão somente terá cabimento com relação à “Injúria Preconceito” (artigo 140, § 3º., CP). No que se refere à “Injúria Racial” (artigo 2º.-A da Lei 7.716/89), seria evidente que não se pode aplicar qualquer imunidade prevista no Código Penal, já que o ilícito está posicionado em legislação especial que não prevê tal benefício. Não obstante, pode haver

29 Op. Cit.

30 Op. Cit.

posicionamento entendendo que as imunidades previstas no artigo 142, CP são “normas gerais”, embora previstas na “Parte Especial” do Código Penal. Dessa forma, tais imunidades seriam aplicáveis, nos termos e limites acima mencionados, tanto à “Injúria Preconceito” (artigo 140, § 3º, CP) como à “Injúria Racial” (artigo 2º.-A da Lei 7.716/89). Contudo, nos parece muito improvável que em qualquer dos dois casos (Código Penal ou Lei de Racismo) uma injúria dessa espécie e gravidade se possa justificar pela discussão em juízo, pelo exercício da crítica literária, artística ou científica ou pelo exercício funcional. Parece inviável afastar, conforme a dicção da própria lei a vetar as imunidades, a “inequívoca intenção de injuriar ou difamar”.

Além disso, é preciso lembrar que há na doutrina oposição até mesmo à aplicação do “Perdão Judicial” nos casos de “provocação” ou “retorsão” (artigo 140, § 1º, I e II, CP) nos casos de “Injúria Qualificada pelo Preconceito”, alegando-se que nessa espécie de ofensa a “retorsão” ou “provocação” não seria suficiente para mobilizar a “causa geradora do perdão judicial”. Isso porque o preconceito demonstrado não constitui simples injúria e não poderia ser combatido por outra injúria. Na verdade, a aplicação de perdão judicial em casos de injúria qualificada do Código Penal ou, atualmente, da Lei de Racismo, seria aceder com a difusão da discriminação pela troca de ofensas dessa natureza ou pela resposta a alguma provocação com esse tipo de impropério. Não se trata somente de violação à honra, mas de tratamento discriminatório que afeta diretamente meta fundamental do “Estado Democrático de Direito (CF, art. 3º, IV)”. 31

Tendo em vista esses argumentos judiciosos, entendemos que realmente seria muito difícil fundamentar o reconhecimento de imunidade dos crimes contra a honra, nos termos do artigo 142, CP, seja aos casos que ficaram ainda no artigo 140, § 3º, CP, seja aos casos que foram transpostos para o artigo 2º.-A da Lei de Racismo.

5.2 RACISMO FUNCIONAL

Essa causa especial de aumento de pena é prevista no artigo 20 – B da Lei 7.716/89 com nova redação dada pela Lei 14.532/23 e fica adstrita somente aos crimes de “Injúria Racial” (artigo 2º. – A) e de “Apologia ao Racismo” (artigo 20). Diversamente da majorante do artigo 20 – A, esta agora em estudo não se espraia para todos os crimes de racismo.

31 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 263. No mesmo sentido, citando Capez: CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. 6ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 201.

A previsão é de um aumento da ordem de um terço até a metade quando os crimes de “Injúria Racial” ou de “Apologia ao Racismo” forem perpetrados por “funcionário público” “no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las”.

A exacerbação da reprimenda legal obviamente se justifica, já que os agentes públicos não podem jamais ser perpetradores e disseminadores de condutas racistas, mas, ao reverso, são os maiores obrigados a seu combate e eliminação da nossa sociedade.

A lei menciona a expressão “funcionário público” como sujeito ativo, mas na verdade se refere a qualquer “agente público”, na medida em que indica expressamente como complemento à sua interpretação o conceito de “funcionário público” do Código Penal. Fato é que a conceituação de “funcionário público” no Código Penal é bem mais ampla do que no âmbito administrativo, conforme se conclui da redação dada ao artigo 327, CP. 32 O opção legislativa na redação do artigo 20 – B da Lei de Racismo de remeter o intérprete ao Código Penal para esclarecer o conceito de Funcionário Público pode ser considerada como supérflua, uma vez que é pacífico que o conceito de Funcionário Público para fins penais sempre deve ser entendido mediante recurso à norma geral do artigo 327, CP, seja para crimes previstos no corpo do Código Penal, seja na legislação esparsa. Não há, portanto, necessidade de remeter o intérprete expressamente ao artigo 327, CP. Ao reverso, se em alguma legislação se pretender empregar um sentido diverso de Funcionário Público para fins penais, é que se deve, naquela lei, erigir um conceito especial (inteligência do artigo 12, CP). É lição de Mirabete e Fabbrini:

Embora o artigo 327 do Código Penal esteja no capítulo dos crimes praticados por funcionários públicos, o conceito aí definido, como é pacífico na jurisprudência, estende-se não só a toda parte especial como às leis penais extravagantes, tendo a característica de *regra geral*, como a chama o artigo 12 do CP. O fato de ter sido incluída na parte especial não lhe retira essa qualidade. 33

32 “Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”. Damásio chama a atenção para o fato de que o Código Penal usa a expressão “Funcionário Público” para, na verdade, designar, mais amplamente, “o que os administrativistas nominam, na atualidade, de *agente público*”. JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 4. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 157. Em tradicional lição, Magalhães Noronha afirma que nosso Código Penal “tomou a expressão” Funcionário Público “no sentido mais amplo possível”. NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume 4. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 203.

33 MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume III. 28ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 278.

A causa especial de aumento de pena em estudo somente será aplicada a Funcionário Público em razão da função. Os particulares não são abrangidos e mesmo os funcionários públicos quando atuam fora das funções.

Ainda que um particular atue em concurso de agentes com um Funcionário Público que, por sua vez, age em razão da função, o aumento de pena se restringe ao Agente Público e não se transmite ao particular (“extraneus”). Isso porque se trata de condição de caráter pessoal, a qual não se transmite, salvo quando elementar do crime. No caso a condição de Funcionário Público não é “elementar do crime”, mas elemento normativo da majorante especial (inteligência do artigo 30, CP).

Obviamente, em se tratando de causa especial de aumento de pena que faz alusão expressa aos crimes do artigo 2º.-A e 20 da Lei 7.716/89, restringindo inequivocamente seu campo de incidência, não poderá haver aplicação do artigo 20 – B da Lei de Racismo à Injúria Qualificada prevista no artigo 140, § 3º., CP. Eis mais uma violação da proporcionalidade ocasionada pela cisão da antiga Injúria Qualificada entre o Código Penal e a Lei de Racismo. Ademais, não se vê motivação plausível para a restrição do aumento somente para dois crimes da Lei de Racismo. O mais correto e justo seria que o incremento penal se espraiasse por todos os delitos de racismo.

6. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 14.532/23 NO CRIME DE “APOLOGIA AO RACISMO”

6.1 QUALIFICADORA DEVIDO AO USO DE MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL, REDES SOCIAIS DE INTERNET E PUBLICAÇÕES DE QUALQUER NATUREZA

Importa ressaltar que o artigo 20 da Lei 7.716/89 configura a chamada “Apologia ao Racismo” e difere bastante da “Injúria Racial”, seja aquela prevista no artigo 2º. – A do mesmo diploma, seja aquela capitulada no artigo 143, § 3º., CP. Nada tem o artigo 20 da Lei 7.716/89 de similar ao caso da injúria racial ou preconceito, pois não se trata de mera ofensa a um indivíduo ou mesmo a um grupo de pessoas determinadas, mas de apologia ao racismo em geral de forma indeterminada, difusa, do incentivo e defesa de práticas e teorias racistas.

Neste sentido:

Não se amolda ao tipo penal em análise o ato de proferir xingamentos ou adjetivações com expressões discriminatórias ou preconceituosas, pois se circunscrevem à injúria racial (...).

O direcionamento individualizado a determinada pessoa afasta a formação do crime de racismo, pois para o crime racial é necessário que a aversão, a ojeriza ou o preconceito se dê em torno de um grupo ou coletividade. 34

Na redação do artigo 20 em estudo são abrangidas todas as espécies de racismo previstas na lei respectiva em geral conforme seu artigo 1º, quais sejam “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Há um ganho porque o “racismo religioso” não é esquecido. Por sorte a Lei 14.532/23 não alterou o “caput” do artigo 20 quanto à religião. Porém, perdeu o legislador a oportunidade de incluir os racismos “etário” (idoso) e “capacitista” (deficientes). Isso no mínimo, pois, como já dissemos, o ideal seria uma legislação abrangente de qualquer discriminação ou segregação injustificada. 35

A Lei 14.532/23 altera a redação do § 2º. do artigo 20, que prevê uma forma qualificada com pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. Antes o crime se qualificava quando cometido por “intermédio de meios de comunicação social” ou “publicação de qualquer natureza”. Essas causas de aumento, tendo em vista o meio de divulgação foram mantidas e foi incluída uma nova causa: quando o crime for perpetrado por intermédio “de publicação em redes sociais, da rede mundial de computadores” (internet). A inclusão é bem vinda, já que em todos os casos a justificativa para o incremento punitivo é seu maior potencial de difusão de ideias racistas. No entanto, em nosso entender, na verdade, a qualificadora já poderia ser aplicada antes porque já havia a previsão de “meios de comunicação social”, onde claramente estão abrangidas as redes sociais. Mesmo que não se entendesse assim, sabe-se lá por que, seria ainda possível a aplicação da forma qualificada por meio da fórmula genérica que fecha a qualificadora e já a fechava antes, “publicação de qualquer natureza”. Portanto, em nossa opinião, a inclusão que ora se faz apenas serve para deixar mais claro e evidente do que antes que o crime praticado por meio de redes sociais é qualificado, sem margem alguma de discussão.

É claro que para quem não concorde com a assertiva de que o uso das redes sociais para propagação do racismo já qualificava o crime do artigo 20 em estudo, essa específica situação de incremento penal não poderá retroagir, já que se trata de “novatio legis in pejus”. No entanto, em nosso entendimento, SMJ., não se trata de “novatio legis in pejus”, mas de mera operação de ênfase, de modo que, na verdade ocorre o fenômeno da “continuidade normativo – típica” de forma neutra. Assim sendo, a nosso ver, como sempre

34 SILVA, Amaury, SILVA, Artur Carlos. *Crimes de Racismo*. Leme: Mizuno, 2012, p. 95 – 96.

35 Quando se fala “discriminação ou segregação *injustificada*”, isso se dá porque pode haver a discriminação positiva bem como casos de discriminação justa, como o tratamento desigual em benefício de hipossuficientes. Além disso, também pode acontecer de haver uma “segregação” justa. Seria exemplo o isolamento, num hospital, de um doente acometido por um feroz e mortal vírus altamente contagioso.

foi, a conduta praticada por intermédio de redes sociais deve ser apenada de forma qualificada, não havendo óbice técnico para a retroatividade.

Na doutrina especializada sobre o tema já se encontra esse entendimento de que desde sempre a internet e redes sociais eram abrangidas pela qualificadora, seja como “meio de comunicação social” ou “publicação”, de vez que o uso “de seus mecanismos permite o acesso a número indeterminado de pessoas, o que preenche a *mens legis*, como interpretação analógica, permitida em direito penal”. Ademais, chamam a atenção os autores para o fato de que o uso da internet enseja a competência da Justiça Federal, apontando julgado a respeito (“TRF 1ª. Região, RECURSO CRIMINAL 2007.38.00.036480-7/MG Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro, julgamento: 25/08/09”). 36

Obviamente no caso de “meios de comunicação social” em geral (v.g. televisão, rádio etc.) e “publicação de qualquer natureza” (jornais, revistas, cartazes, panfletos, “flyers”, folhetos etc.) há evidente “continuidade normativo – típica” neutra nem mesmo sendo discutível a possibilidade de retroatividade.

Uma dúvida pode surgir: acaso a pessoa use vestimentas, roupas, camisetas com dizeres ou símbolos racistas em via pública ou locais públicos ou de acesso público, incidiria no crime? E na qualificadora?

No que diz respeito ao crime do artigo 20, “caput”, nos parece indubitoso que há incriminação. Já quanto à qualificadora não se trata de meio de comunicação social ou rede social, mas vestimenta. No entanto, se poderia alegar que poderia tipificar uma “publicação de qualquer natureza”. Não é de se afastar tal entendimento para aquele que produza o vestuário, mas se torna inviável pretender aplicar a qualificadora para quem apenas ostenta a roupa ou a usa em locais públicos, já que não se pode dizer que isso corresponda a alguma forma de publicação. Agora, aquele que customiza, faz uma estampa, emprega um processo de impressão tal como Silkscreen ou serigrafia e vende ou distribui de qualquer modo esse material, além de inserir-se no tipo penal em questão, parece também incidir na qualificadora na sua forma de “publicação de qualquer natureza” (interpretação analógica). Mais um detalhe, se a estampa na camiseta ou qualquer peça de roupa consistir em “símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo”, quem a usar em público incide no § 1º., do artigo 20 da Lei 7.716/89 no verbo “veicular” e quem “fabrica, comercializa ou distribui” responde nesse mesmo § 1º., mas nestes últimos verbos. Nesse

36 SILVA, Amaury, SILVA, Artur Carlos, Op. Cit., p. 103. Também considerando a internet como “meio de comunicação social” capaz de qualificar o crime em estudo desde sempre: SILVA, Raphael Zanon da. Crimes de Racismo. In: JORGE, Higor Vinicius Nogueira, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, GARCEZ, William (orgs.). *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 499.

caso específico não nos parece possível combinar, seja em concurso formal ou material os §§ 1º. e 2º., já que tal operação constituiria “bis in idem” no caso da figura da “publicação de qualquer natureza”. Ambos os dispositivos têm em mira a divulgação massiva do racismo e qualificam o crime de apologia. Ambos também se dão por meio de uma impressão ou publicação. Apenas o § 1º. elege materiais especiais, enquanto que o § 2º. diz respeito ao meio de divulgação. Isso, como explicitado antes, se afirma com relação à figura genérica da “publicação de qualquer natureza”. É evidente que se uma pessoa, por exemplo, fabrica, comercializa, distribui ou veicula a cruz suástica ou símbolos nazistas por intermédio de meios de comunicação social ou redes sociais, não haveria óbice para o reconhecimento de concurso material de infrações nos verbos “fabricar”, “comercializar” e “distribuir” e concurso formal impróprio no caso do verbo “veicular”. Outro aspecto importante é que mesmo na figura de “publicação de qualquer natureza” poderá haver o concurso material ou formal impróprio com o § 1º., desde que não se trate de estamparia em vestimentas, mas de publicações em panfletos, cartas – abertas, cartazes, flyers, folhetos, jornais, revistas etc. É que quando se tratam de roupas a produção têxtil e a estamparia já seriam formas de impressão ou publicação por sua própria natureza, razão pela qual se considera haver, neste caso específico, “bis in idem” na pretensão de aplicação do § 2º. Contudo, ainda que se tratando de roupas, se a estamparia é feita e depois propagada em redes sociais, meios de comunicação social em geral, haverá concurso material de crimes entre os §§ 1º. e 2º., já que são condutas independentes e sequenciais.

Embora recentemente um homem tenha sido absolvido pela Justiça brasileira (TJRJ) por ostentar em público tatuagem corporal de símbolo nazista, entende-se que tal conduta se amolda perfeitamente ao tipo penal do artigo 20, § 1º., da Lei 7.716/89, merecendo tal decisão a devida reforma pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal. 37 Não obstante, é preciso lembrar que o crime consiste na conduta externada, no caso a exibição ostensiva, veiculação do símbolo espúrio. O fato de que uma pessoa “simpatize” (sic) com o nazismo não é crime, pois não se punem os pensamentos ou a fase de cogitação do “iter criminis”. Também permitir que se faça em seu corpo ou fazer por si mesmo uma tatuagem dessa espécie no próprio corpo, é certamente imoral e de péssimo gosto, mas não configura crime isoladamente. Para que haja crime, é necessário que a tatuagem seja exibida ostensivamente em público. E no caso de que essa exibição se dê por meios de comunicação social ou redes sociais, haverá incidência em concurso material dos crimes do artigo 20, § 1º. e § 2º. No caso da tatuagem, a situação é similar à estampa na roupa, só que corporal, podendo-se dizer que quem a faz em terceiro é incriminado pelo artigo 20, § 1º., da Lei de Racismo, mas não pode incidir em concurso na figura do § 2º., que se refere a “publicação de qualquer natureza” (“bis in idem”). Não

37 HERINGER, Carolina. Justiça absolve jovem acusado de exibir tatuagem de símbolo nazista em clube israelita. Disponível em <https://extra.globo.com/casos-de-policial/justica-absolve-jovem-acusado-de-exibir-tatuagem-de-simbolo-nazista-em-clube-israelita-10833092.html>, acesso em 09.02.2023.

obstante, se faz a tatuagem (imprime, publica no corpo de alguém) e depois a veicula nos meios de comunicação social ou redes sociais, haverá concurso material de infrações (artigo 20, § 1º. e § 2º., da Lei 7.716/89).

Outro aspecto importante é que embora a lei preveja expressamente e de forma qualificada a divulgação de símbolos nazistas, a difusão de outros símbolos racistas não deixa de ser crime, apenas migrando a tipificação do artigo 20, § 1º., para o artigo 20, "caput" da Lei 7.716/89. E se essa divulgação se dá por intermédio de redes de comunicação social, redes sociais ou publicações em geral, incide normalmente a qualificadora do § 2º., do artigo 20 do mesmo diploma. Portanto, apregoar o racismo mediante a divulgação, por exemplo, de símbolos da Ku Klux Klan, de frases discriminatórias etc., podem configurar infração ao artigo 20, "caput" ou mesmo seu § 2º., a depender do meio de divulgação. Somente, nestes casos, por força do Princípio da Legalidade, não será possível aplicar o artigo 20, § 1º., pois embora sejam símbolos ou expressões racistas, não se referem especificamente ao nazismo.

A previsão especial e qualificada com relação aos abjetos símbolos nazistas certamente se dá por razões históricas que chocaram profundamente a humanidade no Século XX. Como bem aduz Silva:

Uma das maiores vergonhas para a espécie humana foi o holocausto perpetrado pelo partido nazista alemão, cujo nome oficial era Partido Nacional – Socialista dos Trabalhadores Alemães.

Nos dias atuais, infelizmente, ainda há pelo mundo aqueles que veneram verdadeiros demônios que foram os idealizadores e executores dessa atrocidade. 38

Este item não poderia ser encerrado sem lembrar mais uma violação tremenda à proporcionalidade ocasionada pela Lei 14.532/23, muito bem descrita por Sannini e Gilaberte. Toma-se a liberdade de transcrever a acertadíssima crítica dos autores:

A proporcionalidade é aviltada, ainda, quando analisamos a manifestação preconceituosa por meio de redes sociais informatizadas no contexto dos arts. 140, § 3º, c/c 141, § 2º, do CP, 2º-A da Lei 7.716 e 20, § 2º, da mesma lei. Analisando apenas o *caput* desses dispositivos, aquele de maior gravidade é a injúria

38 SILVA, César Dario Mariano da. Apologia ao Nazismo e Antissemitismo. Conduta odiosa que merece severa punição. Disponível em <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/apologia-ao-nazismo-e-antissemitismo-conduta-odiosa-que-merece-severa-punicao/>, acesso em 22.02.2023.

racial ou xenofóbica, com pena de reclusão, de 2 a 5 anos. A injúria por preconceito do Código Penal e o art. 20 da Lei 7.716 possuem a mesma sanção penal (1 a 3 anos e multa). Logo, são equiparados pelo legislador em reprovabilidade. Contudo, quando esses crimes são praticados por meio de redes sociais informatizadas, a situação muda de figura. O crime mais grave passa a ser o do art. 140, § 3º (cuja pena é triplicada, chegando ao patamar de 3 a 9 anos de reclusão). Já o art. 20, *caput* e § 1º, sob a regência da nova redação do § 2º do dispositivo, passam a ter uma pena de 2 a 5 anos de reclusão, além de multa, equiparando-se ao art. 2º-A. E este artigo? Sua pena não sofre nenhum acréscimo. Impossível uma incoerência maior. 39

Acrescente-se, por oportuno, que mesmo a gradação de gravidade entre os “capita” não é escoreta em termos de proporcionalidade. Não há motivo para que a “Injúria Racial” da Lei de Racismo tenha pena maior do que a “Injúria Preconceito” do Código Penal. Pior, não é correto que a “Injúria Preconceito” do Código Penal, enquanto ofensa individual limitada tenha a mesma pena que o crime de “Apologia ao Racismo” do artigo 20 da Lei 7.716/89. Este segundo é muito mais grave. Pior ainda, não é justificável que a “Injúria Racial” tenha pena maior do que a “Apologia ao Racismo”, pois mesmo em se tratando de crime ora previsto também na Lei de Racismo, sua lesividade continua sendo individual e não se pode equiparar à potencialidade lesiva coletiva ou difusa do artigo 20 do mesmo diploma.

6.2 QUALIFICADORA SE O CRIME É PRATICADO EM EVENTOS PÚBLICOS

O crime do artigo 20 também se qualifica com pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e proibição de frequência, por 3 (três) anos, a locais destinados a práticas esportivas, religiosas, artísticas ou culturais destinadas ao público, nos termos do § 2º. – A.

Essa qualificação se dá quando qualquer dos ilícitos previstos no artigo 20 da Lei de Racismo for cometido no contexto de “atividades esportivas, religiosas, artísticas ou culturais destinadas ao público”.

O “contexto” que pressupõe a prática criminosa em presença de muitas pessoas, com capacidade de maior disseminação de seu conteúdo racista justifica a exacerbação punitiva.

Note-se que essas atividades (esportivas, religiosas, artísticas ou culturais) devem, segundo a letra da lei, ser “destinadas ao público”. Significa dizer que atividades privadas ou limitadas aos participantes não ensejam a qualificadora. Exemplificando: num jogo de

39 SANNINI, Francisco, GILABERTE, Bruno, Op. Cit.

futebol profissional em estádio ou mesmo de várzea, mas aberto ao público em geral, poderá haver a qualificadora. Já num jogo de futebol entre amigos sem acesso público, o famoso “racho” ou “pelada” não será suficiente para qualificar o crime. O mesmo se diga de um culto religioso doméstico (não serve como qualificadora) e um culto religioso em um templo ou nas ruas ou locais públicos (procissões, encontros de jovens, cultos evangélicos, missas, sessões espíritas etc.). Quanto a atividades artísticas e culturais o mesmo critério. Se em privado, numa casa entre amigos ou colegas é feita alguma espécie de apresentação musical, teatral etc. não se caracteriza a qualificadora. Agora se ocorre o fato num teatro, no palco de uma apresentação musical ou mesmo numa apresentação escolar, uma feira artística, teatro amador etc., a qualificadora estará integrada. Não importa que a atividade seja profissional ou não, o que importa é que seja “destinada ao público”. É importante, porém, deixar claro que a “Apologia ao Racismo” perpetrada mesmo diante de um público restrito (amigos, familiares etc.) não perde sua tipicidade. A figura do artigo 20, “caput” não exige direcionamento ao público. Dessa forma, haverá, em tese, o crime, apenas em sua forma simples e não qualificada pelo § 2º. – A.

A previsão dessa qualificadora não deve significar, no âmbito religioso, instrumento para violação da liberdade religiosa. Como bem observam Costa, David e Bretz:

Conquanto a Lei nº 14.532/2023 tenha conferido causa de aumento de pena [“rectius” qualificadora] em face de condutas discriminatórias ou preconceituosas que ocorram no contexto de atividades religiosas (artigo 20, § 2º-A, da Lei nº 7.716/89), isso não significou a criminalização da atividade religiosa; na verdade, o legislador mitigou expressamente a incidência do referido tipo penal em outro ponto, imputando o mesmo gravame penal àqueles que obstam, impedem ou empregam violência contra quaisquer manifestações ou práticas religiosas (interpolação nossa).

O mesmo Direito Penal que protege a liberdade religiosa, incrimina também a intolerância religiosa em face de outros grupos.

Em algumas circunstâncias, será difícil para o operador do direito resolver essa equação, principalmente porque alguns dogmas das religiões se confrontam com a percepção daqueles que não comungam das mesmas crenças de salvação e, portanto, sentem-se discriminados.

E as diferentes perspectivas, a nosso ver, ainda que permeadas por falas acaloradas de proselitismo religioso, não são os objetos de

incriminação do presente diploma. Se não há crime de divergência hermenêutica de normas jurídicas, menos razão ainda para se punir visões diferentes (e igualmente legítimas) da vida humana e da religiosidade intrínseca da humanidade. Tudo, é claro, se ocorrido sem abuso ou exagero (grifo no original). 40

Como visto, além da pena privativa de liberdade há previsão de pena restritiva de direitos cumulativa, consistente na proibição de frequência àqueles eventos pelo período de 3 (três) anos.

O que causa dúvida na redação do preceito secundário acima mencionado é a frase que encerra o texto, “conforme o caso”. Há basicamente três possibilidades interpretativas:

a) Conforme o caso, o juiz poderá aplicar a pena privativa de liberdade cumulada ou não com a restritiva de direitos sempre por 3 (anos) fixos, já que não há intervalo legalmente previsto para individualização. A individualização da pena se daria pela aplicação ou não “in totum” da pena restritiva de direitos. Essa interpretação apresenta o problema de entrar em conflito com a conjunção aditiva “e” que liga a pena privativa de liberdade e a pena restritiva. De acordo com a conjunção aditiva, seria imperativo que o juiz impusesse ambas as penas sempre. Além disso, considerando a pena proibitiva fixa em 3 (três) anos, haveria possível violação do Princípio da Individualização da Pena.

b) Conforme o caso, o juiz sempre aplicaria ambas as penas (reclusiva e restritiva), tendo em vista o comando legal constituído pela conjunção aditiva (“e”) que as conecta. Não obstante, embora inexistindo previsão de intervalo temporal com a menção apenas da interdição por 3 (três) anos fixa, poderia o juiz fazer a individualização do “quantum” dessa interdição em cada caso concreto (“conforme o caso”). Então poderia proibir a frequência por uma semana, um mês, seis meses, dois anos, nunca obviamente podendo ultrapassar o patamar máximo legalmente estabelecido de 3 (três) anos. Essa solução não entra em conflito com a conjunção aditiva, mas provoca embate com a previsão legal de proibição por tempo fixo de 3 (três) anos. Ademais, a inexistência de conflito com a conjunção aditiva pode ser elidida pelo aplicador do Direito com a seguinte manobra indireta: como não há limite mínimo, poderia aplicar 0 (zero) dia de interdição ou então uma proibição meramente simbólica de 1 ou 2 dias em que sequer haveria algum evento a ser frequentado pelo infrator. Também poderia haver alegação de infração à individualização devido à obrigatoriedade de cumulação das penas reclusiva e restritiva, independente de cada caso concreto. Inobstante esta última crítica não nos pareça correta, uma vez que as penas privativa de liberdade “e” restritiva de direitos podem ser, em

40 COSTA, Adriano Sousa, DAVID, Ivana, BRETZ, William, Op. Cit.

conjunto, a pena mais necessária, adequada e proporcional a essa espécie de conduta criminosa.

c) O juiz aplicaria sempre a pena privativa de liberdade e a restritiva, tendo em vista a conjunção aditiva imperativa "e". A pena restritiva seria também sempre fixa em 3 (anos), tendo em vista a inexistência de intervalo legalmente previsto para individualização. A expressão "conforme o caso" seria relativa somente à dosimetria individualizadora da pena privativa de liberdade entre 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão. Essa alternativa tem a virtude de não conflitar com a conjunção aditiva legalmente prevista e nem com a penalidade fixa de proibição de 3 (três) anos. No entanto, quanto à proibição de frequência pode-se cogitar de infração à individualização da pena, já que não haverá nunca variância de um caso concreto para outro. O ideal seria que houvesse o legislador estabelecido um intervalo mínimo e máximo de interdição de frequência. A questão da aplicação necessariamente cumulativa e violação da individualização, como já visto, pode ser afastada com certa facilidade, pois se trataria das penalidades (em conjunto) adequadas a esse tipo de conduta.

Como se vê o legislador não primou em sua redação pela melhor técnica e clareza. A nosso ver, a melhor interpretação é a da letra "c", já que pelo menos respeita parcialmente a individualização da pena (quanto à pena reclusiva) e no mais se adequa perfeitamente à redação legal. A obrigatoriedade de aplicação conjunta das penas (reclusiva e restritiva) não nos parece ser uma real infração à individualização. Nas demais opções, além de sempre haver alguma violação da individualização, ocorrem choques entre a aplicação da lei e sua redação.

6.3 CONDOTA EQUIPARADA DE PERTURBAÇÃO COM OU SEM VIOLÊNCIA A MANIFESTAÇÕES OU PRÁTICAS RELIGIOSAS

Embora, como já visto, tenha o legislador relegado ao Código Penal a conduta de "Racismo Religioso" no que tange à "Injúria Racial", no § 2º. – B do artigo 20 da Lei 7.716/89, a Lei 14.532/23 prevê como conduta equiparada com as penas do "caput" aquela de "obstar, impedir ou empregar violência contra quaisquer manifestações ou práticas religiosas". Significa dizer que o óbice violento ou não às manifestações ou práticas religiosas é inserido na Lei de Racismo, enquanto que a conduta de ofensa meramente verbal com conteúdo religioso fica adstrita ao Código Penal.

Há nítido e injustificado tratamento diferenciado entre o "Racismo Religioso" e as demais formas de racismo previstas na lei. Para as demais formas, a mera injúria verbal já é abrangida pela lei mais prática e simbolicamente gravosa. Com relação à religião, a injúria verbal parece ser relegada a uma importância menor, preocupando-se o legislador somente com condutas físicas de impedimento, óbice ou violência.

Outro aspecto criticável pela omissão legislativa é a imprevisão nesse parágrafo em estudo do emprego de violência, impedimento ou óbice a **manifestações ou práticas culturais** por motivo de preconceito, discriminação ou segregação. Sannini e Gilaberte são os autores que originalmente apontam essa falha e exemplificam com o impedimento ou emprego de violência contra uma festa folclórica como a do “Boi - bumbá” ou de uma Parada do “Orgulho Gay”. 41

Parece que a violência que pode informar a conduta equiparada do § 2º. – B pode ser contra pessoas ou coisas. Não há distinção na dicção legal. Além disso, a legislação impõe o cúmulo material entre as penas do crime de racismo (artigo 20, § 2º - B, da Lei 7.716/89) e aquelas referentes à violência. Dessa forma esse cúmulo material de penas poderá se dar, conforme o caso, com crimes, por exemplo, de lesões corporais, danos etc. A contravenção penal de “Vias de Fato” (artigo 21, LCP) parece dever ser absorvida como infração penal – meio.

Por outro lado, as condutas previstas no artigo 20, § 2º. – B não precisam, necessariamente, ser perpetradas mediante violência. Pode haver uma conduta passiva que impeça uma prática religiosa. Por exemplo, postar-se uma multidão em frente ao local de culto, impedindo com barricadas a passagem dos crentes. Lembremos que há os verbos “obstar” e “impedir”, além do “emprego de violência”, sendo o caso de um “crime de forma livre”.

Vale mencionar que também pode ocorrer no contexto do § 2º. – B a conduta dos infratores por meio de “grave ameaça”. Não havendo previsão expressa no tipo penal para o cúmulo material, a não ser para os casos de violência, crimes como os de “Ameaça” ou “Constrangimento Ilegal com grave ameaça ou redução da resistência por outros meios não violentos” ficam absorvidos como crimes – meio. No caso do “Constrangimento Ilegal” praticado por meio de violência, ainda assim, o delito do artigo 146, CP restará absorvido, pois que o constrangimento é conatural do óbice ou impedimento do culto. Restará eventual cúmulo material com a conduta violenta respectiva (v.g. lesões corporais).

Em havendo homicídio a questão se complica. Entendemos que a solução deve variar em cada situação de acordo com a amplitude do óbice ou impedimento mediante violência:

a) Se uma pessoa determinada ou um grupo determinado é impedido mediante violência em sua manifestação ou prática religiosa, por meio da prática de homicídio e/ou tentativas de homicídio dessas pessoas, então haverá Crime de Homicídio Qualificado por Motivo Torpe (artigo 121, § 2º., I, CP) e o Crime de Racismo será absorvido, já que sua imputação em conjunto seria “bis in idem”. É que a motivação racista é justamente o

41 Op. Cit.

“motivo torpe” que qualifica o crime, não podendo ser novamente utilizado para apenação. Neste caso se está trabalhando com a hipótese de que uma pessoa determinada ou todas as pessoas de um grupo determinado tenham sido vítimas de homicídio e/ou tentativas de homicídio por motivo religioso. 42

b) Se durante o emprego de violência para obstar ou impedir uma prática ou manifestação religiosa, ocorrer um ou mais homicídios ou tentativas de homicídio, mas houver várias outras pessoas atingidas em seu direito ao culto que não são vítimas dessa espécie delitiva (homicídio) há que responsabilizar os envolvidos em geral pelo crime de racismo (artigo 20, § 2º. – B da Lei 7.716/89). Identificados os autores dos homicídios e/ou tentativas de homicídio, estes deverão responder por homicídio qualificado por motivo torpe (artigo 121, § 2º., I, CP) em concurso material com o crime de racismo (artigo 20, § 2º. – B da Lei 7.716/89). É que nesses casos há vítimas de homicídio e/ou tentativa de homicídio ao lado de vítimas somente de crime de racismo. Também há autores de homicídio e /ou tentativa de homicídio que não deixaram de praticar autonomamente crimes de racismo contra as demais pessoas vitimizadas no episódio, não podendo isso ficar impune. Infelizmente, no caso de não se conseguir determinar a autoria dos homicídios e/ou tentativas de homicídio, todos os infratores responderão somente pelo crime de racismo (“in dubio pro reo”). Em havendo processo por homicídio o crime de racismo, que normalmente seria processado e julgado pelo Juiz Singular, será da competência do Tribunal do Júri devido à conexão e à “vis atractiva” do Júri (inteligência do artigo 78, I, CPP).

Questão interessante é saber se com o advento do § 2º.-B do artigo 20 da Lei de Racismo com a nova redação dada pela Lei 14.532/23, teria ocorrido ou não revogação tácita do crime de “Ultraje a Culto ou Impedimento ou Perturbação de ato a ele relativo” (artigo 208, CP).

A nosso ver ocorreu *derrogação*, ou seja, apenas uma revogação parcial do dispositivo do Código Penal, permanecendo este ainda válido para algumas condutas ali previstas que não foram abrangidas pela nova figura da Lei de Racismo.

A conduta de “escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa” continua incólume, desde que não haja óbice, impedimento ou emprego de violência contra manifestação ou prática religiosa. Também há que verificar se não se configura “Injúria – Preconceito”, conforme descrito no artigo 140, § 3º., CP.

42 Também não se pode, conforme o elemento subjetivo do agente dirigido a exterminar o grupo religioso, afastar a eventual aplicação do Crime de Genocídio, nos termos do artigo 1º., “a”, da Lei 2.889/56.

Igualmente a conduta de “vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso”, mais uma vez, desde que não haja óbice, impedimento ou emprego de violência contra manifestações ou práticas religiosas. Seria o exemplo famoso do Pastor Evangélico que chutou na televisão uma imagem de Nossa Senhora Aparecida ou da prática física da frase preconceituosa “chuta que é macumba” (sic), ou seja, quando um indivíduo, passando numa encruzilhada se depara com um trabalho de religiões espiritualistas, tais como as afrobrasileiras, e efetivamente chuta os produtos, quebra ou cospe em objetos, imagens etc. que estão ali na via pública. Observe-se que a imagem não é uma “manifestação ou prática religiosa”, mas um “objeto religioso”. Igualmente os componentes de um trabalho ou oferenda já foram utilizados numa manifestação ou prática religiosa, mas agora, deixados no local expostos, são apenas “objetos religiosos”, razão do afastamento do artigo 20, § 2º. – B da Lei de Racismo e emprego do artigo 208, CP.

Verifica-se que não houve revogação expressa do artigo 208, CP pela Lei 14.532/23. Nem também, nestes casos específicos, houve revogação tácita, já que não se tratou inteiramente da matéria descrita no dispositivo do Código Penal e nem o conteúdo da Lei 14.532/23 é incompatível com o artigo 208, CP (inteligência do artigo 2º., § 1º., da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileira – Decreto –Lei 4.657/42).

Agora, com relação à parte do artigo 208, CP que trata da conduta de “impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso”, nos parece que a Lei 14.532/23, incluindo o § 2º.-B no artigo 20 da Lei 7.716/89 e erigindo em crime de racismo a ação de “obstar, impedir ou empregar violência contra quaisquer manifestações ou práticas religiosas”, tratou inteiramente da matéria anteriormente regulada pelo Código Penal. Dessa forma, como se trata de lei posterior, houve revogação tácita parcial do artigo 208, CP nesse ponto (inteligência do artigo 2º., § 1º., da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileira – Decreto –Lei 4.657/42).

Já no que se refere aos “Crimes Contra o Respeito aos Mortos”, permanecem intactos os crimes de “Violação de Sepultura” (artigo 210, CP), “Destrução, Subtração ou Ocultação de Cadáver” (artigo 211, CP) e “Vilipêndio a Cadáver” (artigo 212, CP).

Quanto ao crime de “Impedimento ou Perturbação de Cerimônia Funerária” (artigo 209, CP), não se trata de discutir eventual revogação ou manutenção. Com relação a isso se pode afirmar que o artigo 209, CP não foi revogado expressa ou tacitamente pela Lei 14.532/23. No entanto, haverá que ter cautela na aplicação de cada dispositivo em casos concretos. Explicando:

Não são somente pessoas religiosas que fazem cerimônias funerárias e respeitam seus mortos e ancestrais. Isso pode fazer parte da prática até mesmo de um ateu ou agnóstico. E a ninguém é dado desrespeitar esse direito. Assim sendo, o artigo 209, CP continuará sendo aplicado para os casos de impedimentos ou perturbações de cerimônias

funerárias que não tenham a conotação ou natureza de uma “manifestação ou prática religiosa”. Doutra banda, na maioria dos casos, essas cerimônias funerárias são indubitavelmente “manifestações ou práticas religiosas” (v.g. católicas, budistas, maoístas, evangélicas, espíritas, muçulmanas, hinduístas, judaicas, umbandistas etc.). Doravante, com o advento do artigo 20, § 2º. – B da Lei 7.716/89 com nova redação dada pela Lei 14.532/23, deverá haver aplicação deste dispositivo, afastando-se o artigo do Código Penal. Neste ponto, há claramente uma violação da proporcionalidade, tendo em vista que o impedimento ou perturbação de uma cerimônia funerária não religiosa não somente será um crime comum, como uma infração de menor potencial ofensivo. Por outro lado uma cerimônia funerária religiosa, similarmente representativa do respeito aos mortos, contará com a proteção especial da Lei de Racismo, constituindo-se em crime de suma gravidade. Não há motivo plausível para essa distinção. Ainda que se considere que o racismo ou preconceito estaria presente quando ofensivo a atos religiosos, não é correto concluir que não possa existir preconceito e discriminação com não – religiosos por esse motivo. Imagine-se que um grupo crente de qualquer credo pretenda atribular uma cerimônia funerária exatamente em repressão à sua natureza atea ou ausência de elementos religiosos considerados importantes. O legislador deveria ter se lembrado das Cerimônias Funerárias ao redigir o novel § 2º. – B do artigo 20 da Lei 7.716/89. Porém, dada a legislação posta, não é possível aplicar as penas mais graves e a classificação como crime de racismo para atos de perturbação ou impedimento de cerimônias funerárias não religiosas, sob pena de infração ao Princípio da Legalidade. Fica, portanto, a sugestão de “lege ferenda” para o acréscimo das cerimônias funerárias no artigo 20, § 2º. – B da Lei de Racismo, revogando-se expressamente o dispositivo correlato do Código Penal. Nessa inclusão seria de boa cautela constar na redação que a abrangência se daria a quaisquer cerimônias funerárias, religiosas ou não, isso a fim de prevenir eventuais dúvidas ou debates desnecessários.

6.4 PEQUENO AJUSTE NO § 3º. DO ARTIGO 20 DA LEI 7.716/89

Dadas as inclusões dos §§ 2º.-A e 2º.-B no artigo 20 da Lei 7.716/89, a Lei 14.532/23 teve que promover um pequeno ajuste no § 3º., do mesmo dispositivo.

O artigo 20, § 3º., da Lei 7.716/89 sempre estabeleceu providências cautelares que o juiz pode tomar, ouvido o Ministério Público, ainda antes do Inquérito Policial, sob pena de desobediência do sujeito passivo da ordem. Essas providências, que não se alteraram em nada com a Lei 14.532/23, são as seguintes:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio;

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

O problema é que essas medidas cautelares se referem aos casos dos crimes do artigo 20 praticados por meios de comunicação sociais, redes sociais ou publicações de qualquer natureza, razão pela qual o § 3º. iniciava com a seguinte dicção: “No caso do parágrafo anterior”. Na época não havia problema, já que o “parágrafo anterior” ao 3º. era realmente o 2º. Acontece que agora permeiam entre o § 2º. e o § 3º. os §§ 2º.-A e 2º. – B, de modo que o “parágrafo anterior” ao § 3º. passa a ser o § 2º. – B e não o § 2º. Como o § 3º. quer se referir ao § 2º. e não ao § 2º. – B, foi necessário ajustar o início do texto que agora diz: “No caso do § 2º. deste artigo” e prossegue com a mesma redação anterior intacta até enumerar as providências cautelares supra expostas.

Como se vê trata-se apenas de uma questão material de redação que em nada altera o sentido do texto legal.

7. NORMA GERAL DE HERMENÊUTICA DA LEI DE RACISMO – ARTIGO 20 – C DA LEI 7.716/89 – UMA VISÃO CRÍTICA

A Lei 14.532/23 inclui na Lei 7.716/89 uma norma geral de hermenêutica que indica ao intérprete e aplicador do Direito o alcance e os limites a serem respeitados na exegese de seus dispositivos para a caracterização de racismo ou discriminação (artigo 20 – C).

É relevante a transcrição da normativa em estudo:

Art. 20-C. Na interpretação desta Lei, o juiz deve considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento dado à pessoa ou a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência.

A diretriz acima tem recebido da incipiente doutrina a interpretação de que vem para eliminar qualquer dúvida quanto à inviabilidade de reconhecimento do que se convencionou chamar de “Racismo Reverso”.⁴³ Dessa forma, usando o exemplo da “Injúria

⁴³ ZAMBONI, Alexandre. Esclarecimentos jurídicos sobre a nova Lei 14.532/23, que altera o Código Penal e também altera a Leis dos Crimes de Preconceito (7.716/89). Disponível em <https://www.instagram.com/p/CnUKTyZOJbj/>, acesso em 11.02.2023. Para o autor o dispositivo do artigo 20

Racial”, ofender um negro com xingamentos tais como “macaco indecente” (sic) constituiria crime de racismo. Mas, por outro lado, ofender um branco com impropérios como “branco azedo indecente” (sic) não constituiria crime de racismo, mas mera Injúria Simples. Na mesma toada recusar vaga de emprego a alguém somente porque a pessoa é branca não constituiria crime de racismo, mas constituiria se a recusa se desse devido à pessoa ser judia. Enfim, o racismo somente existiria em uma espécie de **interpretação histórico – retroativa hipotética**, abrangendo pessoas e grupos que já sofreram discriminação ao longo da História e são classificados como “minorias” em um amplo sentido (não somente numérico). E mais, que a critério do julgador, sofram “constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida” derivados de “tratamento ou atitude” que normalmente não seriam dispensados a outros grupos “em razão da cor, etnia, religião ou procedência”.

O disposto no artigo 20 - C ora em estudo se constitui numa norma de hermenêutica que se apresenta na forma de uma espécie de *elemento normativo geral ou constante no que diz respeito à abrangência do microsistema criminal da Lei de Racismo*.⁴⁴ Importa dizer que para a caracterização de qualquer dos crimes previstos na lei sob comento será necessário satisfazer os requisitos do dispositivo em questão.

Parece não restar dúvida de que o intento do legislador é realmente limitar o alcance dos tipos penais da Lei 7.716/89, afastando-os nos chamados casos de “Racismo Reverso”.

E essa tendência do legislador se alimenta em “teorias” ou ideologias identitárias que praticamente são hegemônicas nos meios ditos intelectuais brasileiros e também estrangeiros.

Autores como Silvio Almeida apresentam uma visão do racismo como “estrutural” de modo que a discriminação racial se fundamenta no exercício de poder sobre oprimidos. Sem isso é impossível, segundo o autor, atribuir vantagens ou desvantagens relativas à raça, cor, etnia etc. Os brancos, por exemplo, não teriam um histórico de discriminação racial ou de cor a justificar sua condição como vítimas de racismo.⁴⁵

No mesmo sentido se manifesta Djamila Ribeiro:

– C teria “jogado uma pá de cal” sobre o assunto do “Racismo Reverso”, o qual não pode mais ser reconhecido no Brasil.

⁴⁴ Confira-se o texto de Costa, David e Bretz, apresentando o artigo 20 – C enquanto “elemento objetivo descritivo ou normativo do tipo”. COSTA, Adriano de Sousa, DAVID, Ivana, BRETZ, William, Op. Cit.

⁴⁵ ALMEIDA, Silvio. *O que é Racismo Estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 25 – 29.

Não existe racismo de negros contra brancos ou, como gostam de chamar, o tão famigerado racismo reverso. Primeiro, é necessário se ater aos conceitos. Racismo é um sistema de opressão e, para haver racismo, deve haver relações de poder. Negros não possuem poder institucional para ser racistas. A população negra sofre um histórico de opressão e violência que a exclui. Para haver racismo reverso, precisaria ter existido navios branqueiros, escravização por mais de trezentos anos da população branca, negação de direitos a elas. Brancos são mortos por serem brancos? 46

A mesma autora, em outra obra de sua lavra, faz a seguinte afirmação condizente com a inviabilidade do chamado “Racismo Reverso” e com a visão do racismo como uma estrutura social e não como conduta humana:

“O racismo é, portanto, um sistema de opressão que nega direitos, e não um simples ato de vontade de um indivíduo”. 47

Schucman também considera a impossibilidade do “Racismo Reverso”. Para ela uma pessoa branca não pode ser vítima de racismo por parte de uma pessoa negra. Se ela é maltratada por uma pessoa negra por ser branca, isso constituiria “preconceito e discriminação”, mas não “racismo”. Preconceito e discriminação seriam componentes das relações interpessoais, já o racismo estaria ligado a uma “estrutura social de dominação”. 48

A autora apresenta aquilo que ela entende por racismo:

Racismo pode ser pensado como uma dominação baseada em uma doutrina que acredita que há uma raça superior e a partir desta doutrina há uma política em que pessoas desta raça têm privilégios e acessos no poder econômico, político, jurídico, ou seja, na estrutura social. Em geral para que haja racismo contra um grupo é preciso que haja uma história de longa duração de dominação de um grupo contra o outro, baseado na ideia de raças superiores e raças inferiores. 49

46 RIBEIRO, Djamila. *Quem tem medo do feminismo negro?* São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 41.

47 RIBEIRO, Djamila. *Pequeno Manual Antirracista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 12.

48 SCHUCMAN, Lia Vainer. É racismo quando um negro discrimina um branco apenas por ter nascido branco? Disponível em <https://catarinas.info/e-racismo-quando-um-negro-discrimina-um-branco-apesas-por-ter-nascido-branco/>, acesso em 11.02.2023.

49 Op. Cit.

Schucman não nega a possibilidade de que brancos venham um dia a ser vítimas de racismo, desde que sejam dominados, discriminados e oprimidos como raça inferior numa futura estrutura social. *Para ela os brancos nunca foram escravizados ou dominados na História da humanidade.* Cita a escravização de negros e índios e afirma que *“nunca houve na história da humanidade um grupo que fez algo próximo a isto com pessoas classificadas como brancas”*. 50

Racismo, segundo a autora, não seria externado em condutas racistas, mas como “uma forma de legitimar as estruturas sociais de poder”. Portanto, “se um grupo não tem poder na estrutura o sujeito deste grupo não consegue praticar racismo”. 51 Traduzindo essa afirmação de Schucman da sociologia e da política para o Direito, chega-se então à conclusão de que a prática de delitos de racismo para um negro, um judeu, um índio contra um branco etc., configuraria a figura do “crime impossível” por impropriedade absoluta do objeto (inteligência do artigo 17, CP).

Não é possível concordar com o arcabouço ideológico que dá origem e sustento ao reducionismo promovido pelo artigo 20 – C da Lei 7.716/89, introduzido pela Lei 14.532/23, alijando da proteção legal categorias inteiras de pessoas e promovendo discriminação injusta, exatamente por meio de um diploma que deveria combater essa espécie de conduta. Além disso, o artigo 20 – C em destaque apresenta péssima técnica jurídica redacional que o torna inconstitucional devido ao seu elevadíssimo grau de *subjetividade*, *insegurança jurídica* e até mesmo um *elemento divinatório* embutido em sua estrutura.

É preciso tomar cuidado com eventuais “boas intenções”, as quais muitas vezes são eivadas por um “efeito perverso” embutido capaz de perturbar a ordem social ao invés de ocasionar pacificação. Como alerta Boudon, a uma decisão refletida e bem intencionada pode estar associada uma consequência indesejável e até mesmo nociva. 52

Iniciando pela análise estritamente jurídica da questão, é nítido que a orientação hermenêutica do artigo 20 – C muito mais desorienta do que orienta. Usando a expressão equívoca “grupos minoritários” já abre uma enorme margem de interpretação subjetiva para o julgador. Entendemos que por “grupos minoritários” não se estaria referindo a uma questão quantitativa, mas sim a condições de discriminação a que tais grupos seriam normalmente submetidos. No entanto, como já dito, a expressão é dúbia. Ainda que se

50 Op. Cit.

51 Op. Cit.

52 BOUDON, Raymond. *Efeitos Perversos e Ordem Social*. Trad. Analúcia T. Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1979, “passim”.

possa chegar a um consenso sobre esse aspecto de que a condição de “minoritário” se refere à segregação, discriminação ou preconceito e não à simples quantidade. Quais seriam então esses tais grupos que deveriam ser especialmente protegidos pela Lei de Racismo, e pior, quais seriam os grupos que não deveriam receber a especial proteção da Lei 7.716/89? Quais seriam “os eleitos” e quais seriam os “enjeitados” ou “alijados” do manto protetor da lei? A lei deveria responder. Não responde. Fica a critério subjetivo do julgador. Mas, sendo característica de toda lei a generalidade, o correto não seria estabelecer grupos privilegiados e grupos alijados, mas abranger de maneira igualitária todas as pessoas, todos os seres humanos que não merecem nunca ser discriminados em razão de raça, cor, origem, etnia, religião ou seja lá o que for. A discriminação (positiva ou negativa) não se justifica no que diz respeito à proteção jurídica conferida aos seres humanos neste aspecto, ainda mais diante do artigo 3º, IV, CF que proíbe os preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação, obviamente não se dirigindo a norma constitucional ao grupo X ou Y, mas a todos, *indiscriminadamente*.

Cabe indicar a definição de lei apresentada por Maciel:

“Norma escrita, **geral**, abstrata, permanente, garantida pelo Poder Público, aplicável por órgãos do Estado enquanto não revogada” (grifo nosso). 53

Essas lições sobre a generalidade da Lei são muito antigas e tradicionais. Papiniano afirma que “a lei é uma norma ‘geral’ ou comum (“Lex est commune praeceptum”) e Ulpiano chama a atenção para o fato de que a lei “é uma regra estabelecida não em vista de um caso individual, mas de todos os casos da mesma espécie” (“Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur”). 54

A generalidade da lei, neste contexto, nos remete ao “Princípio da Igualdade” e à excepcionalidade de tratamentos diferenciados, os quais devem ser sempre muito bem justificados. No escólio de Mello:

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela

53 MACIEL, Getulino do Espírito Santo. *Aprendendo Direito – Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª. ed. Lorena: CCTA, 2001, p. 107.

54 Apud, MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. Volume II. 11ª. ed. São Paulo: RT, 1987, p. 59.

conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição (grifos no original). 55

Por obviedade não é interesse “prestigiado pela Constituição” que grupos inteiros fiquem desprotegidos contra práticas racistas, somente com sustento em ideologias, idiosincrasias e subjetivismos identitários mais ou menos acatados no debate público.

Vale mencionar a crítica feita por Costa, David e Bretz quanto à “despropositada” terminologia “minorias”:

“O objeto da proteção legal – e a sua melhor exegese – deve-se nortear pela necessidade de se construir um país livre de qualquer tipo de intolerância entre todos os seus habitantes, não reduzindo isso ao rótulo de minorias”. 56

E, além disso, como já destacado, não é somente de puro subjetivismo e redação aberta que sofre o artigo 20 – C da Lei 7.716/89 na forma dada pela Lei 14.532/23. Ao final, exige o dispositivo um *poder divinatório sobre - humano* do magistrado. Ele deve, por assim dizer, *adivinhar* se o “constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida” seria ou não “usualmente dispensado” a dado grupo social em razão da “cor, etnia, religião ou procedência”. Usamos aqui da hipérbole para conferir ênfase à exigência legal de um *prognóstico* a ser realizado pelo julgador sem qualquer parâmetro legalmente estabelecido. Uma norma de orientação hermenêutica que traz ao mundo jurídico, no microsistema dos crimes de racismo, um elemento normativo geral ou constante totalmente indeterminado não pode prosperar diante do “Princípio de Estrita Legalidade”, o qual exige redações que tenham um sentido semanticamente muito bem determinado e estabelecido.

Na lição de Ferrajoli, mister se faz que o legislador obedeça criteriosamente “uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim” lhe prescreve “o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados ‘verdadeiros’ dos fatos processualmente comprovados”. Em suma, não basta que o legislador produza leis de acordo com o processo legislativo, mas é imprescindível que ele produza leis claras,

55 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 17.

56 COSTA, Adriano Sousa, DAVID, Ivana, BRETZ, William, Op. Cit.

taxativas, com descrições objetivas. É essa característica de determinação segura do conteúdo da lei penal que lhe empresta validade sob o aspecto “substancial”. 57

E no caso do artigo 20 – C da Lei de Racismo, com a redação dada pela Lei 14.532/23 não estamos tratando de um tipo penal específico, mas de uma disposição legal hermenêutica que se espraia para todos os diversos tipos penais previstos na Lei 7.716/89. É como se legislador tivesse inoculado os crimes da Lei de Racismo com um vírus letal que propaga a violação do “Princípio da Legalidade Estrita” e, conseqüentemente, contamina todo o diploma com inconstitucionalidade aguda. A interpretação dúbia do dispositivo tem o potencial evidente de ocasionar terríveis situações de inconstitucionalidade por insuficiência protetiva e lesão à igualdade.

Quanto à ideologia que permeia e dá sustento à redação do artigo 20 – C, deve-se concordar com a assertiva de que não existe “Racismo Reverso”. Realmente isso não existe. O que existe é simplesmente “Racismo” quando se tem preconceito, se discrimina ou segrega quem quer que seja. A expressão “Racismo Reverso” é uma espécie de *masturbação intelectual* que se lastreia em uma ilusão.

Não é correto e não corresponde à realidade palpável a afirmação de que o racismo não se opera entre pessoas, mas decorre da “estrutura da sociedade”. O racismo, como qualquer ação humana, é algo que opera “de pessoas sobre pessoas”. 58 Estruturas e instituições são abstrações incapazes de ação ou omissão e quando se atribui a elas no discurso alguma conduta, isso se faz de forma obviamente figurada ou analógica.

Quando autoras como Djamila Ribeiro afirmam que o racismo é um “sistema” e não um “ato de vontade de um indivíduo” para assentar a tese do chamado “Racismo Estrutural”, isso só não causa perplexidade em quem não pensa um minuto sequer na assertiva em confronto com a estrutura do real. *De acordo com ela existe Racismo como “estrutura” ou “sistema”, mas não como “ato individual”, ou seja, há racismo, mas não há racistas ao mesmo tempo em que tudo e todos são racistas, com exceção dos eleitos como oprimidos.* É visível que uma construção como essa não tem sustento na realidade, não passando de uma abstração discursivo – intelectual que jamais será verificada no mundo da vida.

Como é possível que uma construção intelectual tão apartada do real se imponha e seja capaz de exercer grande influência no mundo jurídico a ponto de fundamentar a redação de um importante artigo de lei?

57 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002, p. 305.

58 KAMEL, Ali. *Não Somos Racistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 66.

É preciso trazer à discussão o conceito de “estrutura de plausibilidade”, segundo consta elaborado pelo sociólogo Peter L. Berger. A “estrutura de plausibilidade” consiste em “estruturas de pensamento aceitas por uma cultura específica de forma geral e quase inquestionável”. 59

Em nosso ambiente de *tolerância intolerante ou de tolerância seletiva ou repressiva* (Marcuse) 60, torna-se difícil fugir dos influxos de uma hegemonia intelectual, cultural, social e política que relega ao ostracismo ou ao moderno “cancelamento” todos aqueles que ousem, ainda que no mais mínimo detalhe, destoar de suas ideias. Não é difícil acomodar-se e ceder a essas influências e pressões seja por ações ou, no mínimo, pelo engolfar de uma “espiral de silêncio” que intimida o dissenso, 61 criando, desta forma, uma “estrutura de plausibilidade” para certas ideologias praticamente intocáveis, independentemente de seu valor ou desvalor, de seu acerto ou desacerto e até mesmo de sua razoabilidade. A “tolerância repressiva” ruma para um ponto em que, sob o aspecto da hegemonia cultural, intelectual, social e política vai se assemelhando com um sistema reconhecidamente racista (no amplo sentido em que o termo é hoje reconhecido) ao qual Van den Berghe foi o primeiro a se referir como “Herrenvolk” (“Master Race” ou “Raça Mestre”), no qual há uma “democracia” para uma classe dirigente e “sujeição” absoluta para todos os demais. Van den Berghe se referia a uma sobreposição de poder baseada na etnia ou raça, 62 o que hoje pode muito bem ser transposto para um domínio ideológico também com sustento no preconceito e na arbitrariedade. Um domínio que se evidencia como intrínseca e caracteristicamente “totalitário” no sentido dado por Arendt, que se refere a um “poder absoluto” que “interfere com igual brutalidade com o indivíduo e com sua vida interior”. 63 Uma conformação de domínio ilimitado muito bem descrita na fala do personagem Rubashov da distopia seminal de Koesler:

“Não reconhecemos nenhuma esfera privada, nem mesmo dentro do crânio”. 64

59 BERGER, Peter L. *The Sacred Canopy: Elements of a Sociological Theory of Religion*. New York: Doubleday, 1967, “passim”.

60 Tolerância para uns, intolerância para outros. Cf. MARCUSE, Herbert. *Crítica da tolerância pura*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, p. 112.

61 NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017, p. 23.

62 VAN DEN BERGHE, Pierre L. *Race and Racism: a comparative perspective*. New York: Wiley, 1967, p. 18. No original: “Democratic for the master race but tyrannical for subordinate groups.”

63 ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. 6ª. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 277.

64 KOESLER, Arthur. *Escuridão ao Meio – Dia*. Trad. Petê Rissatti. Campinas: Sétimo Selo, 2022, p. 91.

Vivemos, como aduz Carson, sob o signo de uma “nova tolerância contemporânea” que é “inerentemente intolerante”.

Não enxerga as suas próprias falhas, pois possui uma atitude de superioridade moral; não pode ser questionada, pois se tornou parte da estrutura de plausibilidade do mundo ocidental. Pior ainda, essa nova tolerância é socialmente perigosa e, com certeza, intelectualmente debilitante. Até o bem que deseja realizar é feito melhor de outra maneira. 65

E prossegue o autor:

Longe de promover a paz, a nova tolerância está se tornando cada vez mais intolerante, fomentando a miopia moral, provando ser incapaz de engajar-se em discussões sérias e competentes sobre a verdade, deixando males pessoais e sociais inflamarem e permanecendo cega às percepções políticas e internacionais do nosso perfil cultural tolerante. 66

Em meio a esse clima não é difícil entender como e por que o legislador cede facilmente a uma visão excludente identitária numa lei que deveria primar pela inclusão, pela igualdade e pela não - discriminação. Não é difícil compreender como é incapaz de levantar-se e impedir que normas discriminatórias acabem criando um novo clima de ódio e conflito antes inexistente ao invés de contribuir a lei, como deveria, para a paz social. Essa incapacidade de se levantar e fazer a crítica necessária não é apanágio do legislador, mas também do vulgo e dos intelectuais e juristas que corriqueiramente não têm pudores quanto a “sacrificar coragem e princípios no altar do medo”. 67

Como este autor e este texto não se dobram a essas miudezas, seguimos na crítica ao embasamento sociológico e político do artigo 20 –C da Lei 7.716/89 com redação dada pela Lei 14.532/23.

Não há como discordar do **fato** de que o Racismo é tão somente uma desastrosa “construção social” que tem seus fundamentos (se é que se pode usar essa palavra) em **pseudociência**, falsa antropologia, falsa psicologia, falsa biologia, falsa genética etc.

Entretanto, como toda “construção social”, ele é erigido e sustentado, não por *estruturas* abstratas, mas por pessoas reais que, desgraçadamente, o incorporam. Essa

65 CARSON, D. A. *A Intolerância da Tolerância*. Trad. Érica Campos. São Paulo: Cultura Cristã, 2013, p. 12.

66 Op. Cit., p. 140.

67 Op. Cit., p. 163.

incorporação se manifesta em práticas e preconceitos geradores de discriminação negativa, segregação e opressão em geral. É desse caldeirão de **ações humanas** que realmente emergem estruturas e até instituições jurídicas (v.g. a escravidão, o apartheid) opressivas, dominadoras, exploradoras e cruéis.

Mediante essa reflexão sobre a origem subjetiva do Racismo e de qualquer “construção social” se pode perceber a evidência de que o Racismo consiste, em primeiro lugar e plano, no tratamento intersubjetivo, na percepção distorcida do “outro”, não sendo possível dar ares de complexidade a uma simplificação indevida que reduz o Racismo ao seu produto final como *constructo* e *estrutura social*, ocultando ou olvidando deliberadamente seus antecedentes que, longe de serem contingentes, são absolutamente necessários e constitutivos. A dominação é o resultado final de todo um processo racista que tem início no indivíduo humano e pode atingir qualquer categoria de pessoas, não importando seu “status” social momentâneo ou mesmo ao longo da História. Tanto é fato que, por exemplo, a alegação tão comum de que os brancos nunca foram oprimidos por outros povos brancos ou negros e mesmo escravizados é totalmente falsa. E a noção do escravizado como inferior ou subalterno, seja por questões de origem, política, cultura etc., é também invariável. O Racismo marcado pela relação socialmente construída entre **superior** e **inferior** é uma constante histórica e nem sempre esteve voltada somente para determinados povos. Como observa com acerto Banton: “Sempre houve uma tendência nas pessoas para preferirem as da sua ‘própria espécie’ e serem desconfiadas relativamente aos estranhos”.⁶⁸ Na mesma senda se manifesta Mattéi, chamando a atenção para as raízes da palavra “bárbaro” na Grécia, associando as pessoas assim classificadas a “uma fala rude, brutal e ininteligível”, uma espécie de “balbucio” ou “barbarophonos” (“aquele que tartamudeia”).⁶⁹ Ora, isso nada mais é do que um julgamento de superioridade dos gregos com relação aos chamados povos bárbaros, praticamente assemelhados a animais que mal podem se comunicar pela linguagem. Somente uma visão histórica míope, provinciana e epocal é capaz de reduzir a submissão à dominação a certos povos (negros e índios, por exemplo), afastando brancos dessa realidade sempre presente.

Como ensina N’Diaye:

No curso das suas numerosas guerras de conquista – por exemplo as guerras levadas a cabo por Júlio César –, reduziram a escravos um número considerável de prisioneiros, subjugados, por meio de armas ou “raptados” nas suas longínquas colônias. Na sua maioria, eram

68 BANTON, Michael. *A Ideia de Raça*. Trad. António Marques Bessa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 26.

69 MATTÉI, Jean – François. *A Barbárie Interior – Ensaio sobre o i – mundo moderno*. Trad. Isabel Maria Loureiro. São Paulo: Unesp, 2002, p. 76 – 79.

ditos de “raça” branca. A Roma Antiga inaugurou o recurso à escravatura em larga escala para a produção de mercadorias. Chegará a haver três milhões de escravos em Itália, ou seja, quase 30 por cento da população. A revolta de Espártaco, glorificada pelo cinema, custou a vida a dezenas de milhares de escravos. Após um combate feroz, o general Crasso immortalizou o seu nome ao mandar crucificar dez mil escravos ao longo da Via Ápia, de Nápoles a Roma. (...).

Até a tomada de Constantinopla pelos turcos, os “eslavos” – nome dado pelos árabes muçulmanos aos prisioneiros brancos europeus – foram bastante numerosos no mercado de escravos. 70

Antes de escrever publicamente, como fez a autora supra mencionada, Lia V. Schucman, que os brancos “nunca foram escravizados” e que “nunca houve algo próximo à escravidão e exploração imposta aos negros e índios a povos classificados como brancos”, é preciso livrar-se dos “manuais” levianos e dos lugares comuns para efetivamente estudar obras que tragam a história humana com base em pesquisa de qualidade e fontes primárias. E o mesmo vale para as ilações de Silvio Almeida e Djamila Ribeiro. Lembremos com Silveira que “quem pensa pouco e mal, imagina muito e pessimamente”. 71 Vale transcrever a exposição de Hughes:

Mas não há mal tão grande que não possa ser exagerado e este tornou-se o projeto de recentes afrocentristas, que desejam inventar uma espécie de história medicinal em que toda a culpa pela invenção e prática da escravidão negra é deposta na porta dos europeus. Isso é profundamente não – histórico, mas está se firmando na consciência popular através dos novos currículos.

Houve três grandes revoltas de escravos na história humana. A primeira, chefiada pelo gladiador trácio Espártaco contra os romanos, ocorreu em 73 a.C. A terceira foi na década de 1790, quando o grande revolucionário negro Toussaint l’Ouverture e seu exército de escravos tomaram o controle de São Domingos dos franceses, apenas para serem derrotados por Napoleão em 1808. Mas a segunda ficou a meio caminho entre essas duas, no meio do século IX d.C., e é menos documentada do que elas. Sabemos que os insurgentes eram negros;

70 N’DIAYE, Tidiane. *O Genocídio Ocultado. Investigação Histórica Sobre o Tráfico Negreiro Árabo – Muçulmano*. Trad. Tiago Marques. 3ª. ed. Lisboa: Gradiva, 2020, p. 12 – 13.

71 SILVEIRA, Sidney. *Provérbios do Abismo*. Inédito, 2023. Aforismo hoje disponível em <https://www.facebook.com/sidneysilveira>, acesso em 22.02.2023.

que os califas abássidas muçulmanos do Iraque os tinham trazido da África Oriental para trabalhar, ao milhares, nas salinas do delta do Tigre. Esses rebeldes repeliram os árabes durante quase dez anos. Como os quilombolas do Brasil séculos depois, estabeleceram suas fortalezas nos pântanos. Pareciam inexpugnáveis, e na verdade só foram esmagados pelos muçulmanos em 883. Eram conhecidos como Zani, e legaram seu nome à ilha de Zanzibar, na África Oriental – que, não por coincidência, se tornaria e continuaria a ser o centro do mercado de escravos no mundo árabe até o último quartel do século XIX.

A revolta dos Zani 1100 anos atrás devia lembrar-nos da absoluta falsidade da linha de argumentação hoje em moda que tenta sugerir que a escravização de negros africanos foi invenção de brancos europeus. É verdade que a escravidão estava inscrita na base do mundo clássico ; a Atenas de Péricles era um Estado escravagista, e também o era a Roma de Augusto. A maioria de seus escravos era de brancos caucásicos, e “na Antiguidade, a servidão nada tinha a ver com fisionomia ou cor de pele”. A palavra inglesa *slave* significava uma pessoa de origem eslava. No século XIII, tinha-se espalhado para outros povos caucásicos subjugados por exércitos da Ásia central: russos, georgianos, circassianos, albaneses, armênios, todos os quais encontravam compradores de Veneza à Sicília e Barcelona, e por todo o mundo muçulmano.

Mas o comércio de escravo *africano* como tal, o tráfico negro, foi uma invenção muçulmana, desenvolvida por comerciantes árabes com entusiástica colaboração de comerciantes negros africanos, institucionalizada com a mais implacável brutalidade séculos antes de o homem branco aparecer no continente africano, e continuando muito depois que o mercado de escravos na América do Norte foi afinal esmagado.

Historicamente, esse tráfico entre o Mediterrâneo e a África subsaariana começa com a própria civilização que os afrocentristas estão tão ansiosos para reclamar como negra – o antigo Egito. A escravidão africana já estava em pleno vigor muito antes disso: mas no primeiro milênio a.C. o faraó Ramsés II gabava-se de prover os templos com mais de 100 mil escravos, e na verdade é inconcebível que a monumental cultura do Egito pudesse ter surgido sem uma

economia escrava. Durante os 2 mil anos seguintes, as economias básicas da África subsaariana permaneceram ligadas à captura, uso e venda de escravos. Esculturas da vida medieval mostram escravos amarrados e amordaçados para sacrifício, e os primeiros exploradores portugueses da África, por volta de 1480, encontraram um grande mercado de escravos estabelecido desde o Congo até Benim. Havia grandes fazendas de escravos no império Mali dos séculos XII e XIV, e todos os abusos e crueldades impostos a escravos no Sul dos Estados Unidos *antebellum*, incluindo a prática de gerar crianças para venda, eram praticados pelos governantes negros das cidades que os afrocentristas hoje exibem como exemplos saneadores de alta civilização, como Tombuctu e Songai. (...).

Como demonstra Ronald Oliver, o mais eminente dos eruditos africanos e editor geral da *História da África*, de Cambridge, em oito volumes: tudo o que sabemos do tráfico de escravos e de sua expansão entre os séculos XVI e XIX confirma que ele não poderia ter existido sem a entusiástica cooperação dos Estados tribais africanos, construídos com base no estoque de cativos gerados por suas guerras implacáveis. 72

A imagem divulgada por ficções de história *pop* do tipo *Raízes* – escravistas brancos irrompendo com alfanjes e mosquetes na vidas assentadas de pacíficas aldeias africanas - está muito longe da verdade histórica. Ao longo dos séculos, já havia um sistema de mercado, e seu abastecimento era controlado por africanos. (...).

Ao contrário dos ingleses e americanos, nem os árabes nem os reis africanos no século XIX viam a menor razão humanitária para tomar medidas contra a escravidão. Os mercados de escravos que abasteciam os emirados árabes ainda operavam em Djibouti na década de 50; e desde 1960 florescem na Mauritânia e no Sudão. Ainda há comunicados de escravidão no norte da Nigéria, Ruanda e Níger. Jean – Bedel Bokassa, imperador da República Centro – Africana, a quem Giscard d’Estaing, com sua fome de diamantes, abraçou ostentadamente como seu irmão negro na época da coroação em 1977, mantinha centenas de escravos, e de vez em

72 Cf. OLIVER, Roland. *The African Experience*. London: Weodemfeld and Nicolson, 1991. Consultado na edição brasileira: OLIVER, Roland. *A Experiência Africana – Da Pré – História aos Dias Atuais*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 134 – 148. Com grande quantidade de informações no Capítulo 10 – Senhores e Escravos.

quando preparava um massacre deles para sua diversão. Se, como certa vez observou H. Rap Brown, a violência é tão americana quanto a torta de maçã, a escravidão parece tão africana como o inhame. (...).

África, Islã e Europa, todos participaram da escravidão negra, impuseram-na, lucraram com suas misérias. Mas no fim só a Europa (aí incluindo a América do Norte) mostrou-se capaz de conceber sua abolição. 73

A prestidigitação do mal denominado “Racismo Científico” é que é uma novidade próxima a induzir muitos ao erro de sobrepor a relação de dominação ao preconceito, quando, na verdade, tais coisas são simbióticas e é do preconceito inicial que deriva a dominação. A própria ideia de “tipos raciais” que dá origem à chamada “Teoria dos Tipos Raciais” é datada somente de meados do século XIX. 74 Essa “doutrina” (sic) tem início com a publicação do livro de Robert Knox, “The Races of Men” em 1850, secundado pela obra de Josiah Clark Nott, George Robins Giddon e Samuel George Morton, “Types os Mankind” em 1854. 75

A base, a origem do Racismo está no preconceito e a dominação dos sujeitos passivos desse preconceito é apenas uma consequência. Somente por essa razão já seria desejável reprimir o preconceito venha ele de onde e de quem vier e seja ele contra quem for, reconhecendo o grave fenômeno do racismo e não o afastando por qualquer subterfúgio ou pretexto. Há coisas que devem ser eliminadas e reprimidas em sua mais tenra origem, pois quando se desenvolvem, ainda que timidamente, já se tornam muito mais difíceis de serem combatidas. Portanto, pode haver já Racismo com o preconceito. É o Racismo nascente que, tal qual serpentes filhotes tem tanto ou mais veneno do que as adultas.

73 HUGHES, Robert. *Cultura da Reclamação*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 117 – 120. Além das obras já citadas no corpo do texto de N’Diaye, Oliver e Hughes, quem quiser aprender realmente e não ficar apenas numa espécie de redoma *pop* leviana sobre a escravidão negra e branca ao longo da História Mundial, recomendam-se também os seguintes trabalhos: LAMBERT, Jean Marie. *História da África Negra*. Goiânia: Kelps, 2001, “passim”. DAVIS, Robert C. *Escravos Cristãos, Senhores Muçulmanos – Escravidão Branca no Mediterrâneo, na Costa da Berbéria e na Itália, de 1500 a 1800*. Trad. Leonardo Castilhone. Campinas: Vide Editorial, 2021, “passim”.

74 BANTON, Michael. *A Ideia de Raça*. Trad. António Marques Bessa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 10.

75 BANTON, Michael, Op. cit., p. 14. Para quem quiser conferir as obras seminais citadas: Cf. KNOX, Robert. *The Races of Men – A Fragment*. Philadelphia: Lea & Blanchard, 1850, “passim”. Cf. NOTT, Josiah Clark, GIDDON, George Robins, MORTON, Samuel George. *The Races of Men – Ethnological Researches based upon the Ancient Monuments, Paintings, Sculptures and Crania of Races and upon their Natural, Geographical, Philological and Biblical History*. Philadelphia: J. B. Lippincott & Company, 1854, “passim”.

Vale mencionar a visão atual ampla de “Racismo” de Banton:

Hoje em dia, as relações raciais têm de ser entendidas não como o resultado de qualidades biológicas, mas como o modo de os indivíduos, em diferentes situações, alinharem com aqueles que percebem como aliados, e em oposição a outros. A maneira como alinham depende de muitos fatores, e não exclusivamente de oposições políticas, interesses econômicos, crenças a respeito da natureza dos grupos sociais e outras circunstâncias gerais. Depende também de escolhas humanas, da liderança e da responsabilidade em situações críticas que marcam os princípios de novos períodos na história política. 76

Retornando aos argumentos de Schucman, que nada mais são do que repetição de lugares – comuns nos discursos que pretendem afastar o que chamam de “Racismo Reverso”, vale destacar um recurso normalmente utilizado para chocar o interlocutor com uma situação posta em analogia aos dias correntes. Como o Racismo seria algo derivado do poder e apenas assim se manifestaria, a autora, na esteira de muitos outros, se vale de uma narrativa que *parece* convincente. Ela pergunta se seria possível a um Judeu, na época no Nazismo, na Alemanha, ser racista contra um alemão nazista. A resposta óbvia é que não. E dessa resposta a esse exercício mental, a autora acena com a bandeira de vitória intelectual. 77

De nossa parte também poderíamos criar outro exemplo mais próximo. Seria possível a um negro escravizado no Brasil na época da escravidão, ser racista contra um feitor ou um senhor de escravos? É claro que a resposta é não.

Ora, então o argumento contrário ao chamado impropriamente de “Racismo Reverso” (já explicamos que racismo é racismo), teria consistência? É o que essa espécie de argumentação erística faz parecer, mas se trata de um truque.

O que a autora faz e nós fizemos neste texto, “ad argumentandum tantum”, foi explorar uma das “Falácias de Raciocínio na Indução”, qual seja, a “Falácia da Analogia Falha” ou da “Falsa Analogia”. 78

Como ensinam Corbett e Connors, “as analogias são especialmente vulneráveis quando se concentram em semelhanças irrelevantes e inconsequentes entre duas

76 BANTON, Michael, Op. Cit., p. 17.

77 Cf. SCHUCMAN, Lia Vainer, Op. Cit.

78 CORBETT, Edward P. J., CONNORS, Robert J. *Retórica Clássica para o estudante moderno*. Trad. Bruno Alexander. Campinas: Kíron, 2022, p. 102 – 103.

situações e **ignoram as diferenças pertinentes e significativas**” (grifo nosso). Nessas circunstâncias, “a capacidade de persuasão das semelhanças é enfraquecida, ou até totalmente anulada, pelas dissemelhanças”. 79

As enormes diferenças entre os casos expostos acima e uma situação, por exemplo, de “Injúria Racial” de um negro contra um branco ou de um judeu contra um alemão hoje são de tal monta que inexistem analogia e muito menos equiparação possível. Os casos apontados como esclarecedores são, na verdade, inservíveis, dado seu ingente *anacronismo*.

Na época do nacional – socialismo alemão, em primeiro lugar, qualquer improprio, crítica mais acerba ou até ofensa que um judeu fizesse a um alemão nazista, nada mais seria do que um “gemido” de revolta diante de uma situação verdadeira. Dissesse o que dissesse a respeito de um alemão nazista, o judeu não estaria dizendo nada demais. No entanto, era-lhe impossível até fisicamente essa prática, pois que resultaria em sua imediata eliminação física. O mesmo se diga de um negro escravizado perante um senhor de escravos ou um feitor, o que ele poderia dizer de mal a respeito de tais pessoas que não fosse plenamente justificado como uma manifestação de revolta e não racismo ou sequer injúria. Mas, novamente o pobre negro jamais teria condições reais de assim agir, a não ser que assumisse a certeza de ser também eliminado fisicamente ou, no mínimo, submetido a surras de chibata no tronco e outras torturas abomináveis e insuportáveis, as quais muitas vezes também o levariam à morte.

Agora, será que qualquer dos dois casos é condizente com a situação de um judeu ou de um negro na atualidade? Não é que se pretenda afirmar que antissemitismo não existe mais na Alemanha ou no mundo e nem que o preconceito de cor seja uma espécie de fantasia, mas as proporções entre as circunstâncias históricas não podem jamais ser comparadas sem uma tremenda ofensa à racionalidade. Só um cego deliberado ou alguém e não parou um pouco para pensar no argumento admitiria a analogia e muito menos a equiparação. Se um judeu ofender com elementos raciais a um alemão hoje em dia, será que poderíamos concordar que, invariavelmente, a ofensa seria justa? O judeu seria eliminado sumariamente? Um negro que ofenda com elementos raciais um branco hoje no Brasil seria arrastado e morto ou torturado, inclusive com apoio de regras institucionalizadas ou consuetudinárias? A tal relação de poder que impede o indivíduo de ser racista era uma realidade naquelas situações (nazismo e escravidão negra), mas não tem absolutamente nada a ver com a realidade social alemã ou brasileira contemporâneas. Tudo não passa de ilusionismo erístico, só não se sabe se praticado deliberadamente por tais pessoas (desonestidade intelectual) ou se fruto de um déficit intelectual criado pela

79 Op. Cit., p. 103.

ideologização do pensamento. Acaso nos fosse dado arriscar um palpite, apontaríamos para a segunda hipótese como mais provável, tendo em vista a indigência cultural e intelectual em que vivemos pela opressão ideológica.

Em continuidade lembremos que a *falsa superioridade* que caracteriza o Racismo não é somente física, intelectual, genética, política, econômica etc. Há a perigosa e insidiosa crença ou sentimento de *"superioridade moral"*, advinda frequentemente daqueles que se julgam injustiçados ou vitimizados, de tal forma que, em seu pensamento revolucionário, se sentem autorizados a cometer quaisquer ações ou omissões no presente em nome de uma suposta justificação em um alardeado futuro glorioso de igualdade e fraternidade, bem como em razão de um reacionário retorno ao passado para uma espécie de vendeta ou cobrança de dívidas intergeracionais. Na verdade, tudo acaba se reduzindo a uma espécie de vingança perpetrada contra bodes expiatórios eleitos para pagarem os pecados cometidos por outrem. Pior que isso, pecados que mais ou menos remotamente também foram cometidos pela ancestralidade dos atuais revolucionários que se autoproclamam credores incontestáveis.

Essa *"superioridade moral"* sentida e vivida pelas chamadas "minorias" é que as habilita a se proclamarem isentas diante do Racismo. Mas, o Racismo como manifestação da crença na relação supostamente "justa" (sic) entre **superior** e **inferior**, se mostra, sem qualquer pudor, alicerçado nessa *"superioridade moral"* advinda de anterior inferiorização sofrida. É como se ressentimento e ódio se tornassem virtudes, virtudes estas tão excelentes que seriam capazes de blindar as pessoas de condutas racistas. O sofredor se torna superior por meio da referência ao próprio sofrimento e então, mesmo ao impor sofrimento a terceiros, ainda que inocentes, tem uma certeza de ser virtuoso e imune ao mal.

A criação da figura do "Racismo Reverso" para, em seguida, refutá-lo de maneira indelével, revela-se como uma "construção social" artificial, ou ainda pior, como uma abstração puramente intelectual sem correspondência na realidade, um signo de significado equívoco e sem referente, uma espécie de "espantalho erístico" produzido com o fito de ser derrotado num teatro no qual a aparência de "ter razão" é a única coisa que importa, enquanto a busca dialética pela verdade é desprezada. 80

Fato é que o "Racismo Reverso" realmente não existe, nunca existiu nem existirá. O que existe desde sempre é o "Racismo" sem adjetivações ou qualificações. Racismo é

80 SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de ter Razão*. Trad. Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 24. A retórica (no aspecto "erístico") apresentada por Schopenhauer é explicitada em vários estratagemas. Um deles ficou conhecido como "Técnica do Espantalho", consistindo em expandir uma ideia alheia, criando um opositor aparentemente potente, quando, na verdade, nada há ou muito pouco a combater. A vitória no debate ou a superação do argumento do opositor é então apresentada como uma grandiosa conquista, quando, na realidade, não passa de uma bravata.

Racismo, não importando de quem parta e a quem atinja o preconceito, a discriminação negativa, a segregação, a ofensa ou a opressão. Pretender minimizar de qualquer maneira alguma forma de preconceito e suas consequências ou desdobramentos, é abrir as portas para o ódio racial, o conflito e o ciclo vicioso que se segue nessas circunstâncias.

Comungam desse entendimento na área jurídica William Douglas e Irapuã Santana do Nascimento da Silva, cujo texto tomamos a liberdade de transcrever em parte:

Entendemos, com o apoio da doutrina, que o racismo pode ser praticado por qualquer pessoa contra qualquer pessoa. Daí a impossibilidade de se cogitar uma espécie de reversão. Não é que não exista racismo reverso porque minorias não possam ser racistas: não existe racismo reverso porque todo e qualquer racismo é... racismo! (...).

A discriminação ou o preconceito racial estão presentes em diversas discussões, quando falamos em barreiras imigratórias, por exemplo, que não necessariamente se encaixam na dicotomia "branco x negro". Com isso, é possível enxergar o racismo como um conceito genérico de prática abusiva contra uma pessoa em virtude de sua origem étnica, que possui diversas maneiras de se apresentar. Não há, pois, qualificação posterior sobre quem tem capacidade para praticar ou sofrer, de modo que se afasta, num exercício de lógica, a ideia do racismo reverso. (...).

Destarte, tomada apenas a perspectiva sociológica, o senso comum e o discurso repetidamente alardeado caem por terra. Passando para a esfera jurídica, a ideia de que negros não podem praticar racismo contra qualquer membro de outra etnia fica ainda mais difícil de defender. (...).

A ideia de que alguma raça ou categoria de pessoas possui um salvo-conduto ou imunidade penal para cometer racismo, além de socialmente deletéria, traz consigo um grande erro de genética tipicamente racista: a ideia de que uma raça é melhor ou pior do que outra. Se alguém admite a ideia de que os negros não podem cometer racismo, isto importa em validar moralmente a ideia de que uma raça é melhor do que a outra. Não é por aí que vamos mudar a sociedade nem extinguir o racismo.

A ideia de que não existe o “racismo inverso” ou “reverso” termina por veicular uma espécie de “autorização” (i)moral para que haja um movimento de refluxo, no qual, ao invés de se extirpar o racismo, permite-se sua prática por aqueles que tradicional, histórica e majoritariamente o sofrem. Contra essa ideia, dois negros podem ser citados: Martin Luther King Jr. e Nelson Mandela, ambos defensores vigorosos da política de não devolver ódio com ódio, nem racismo com racismo. Ambos defenderam com veemência a superação dos ressentimentos e o começo de um novo tempo onde não se permita que ninguém discrimine o próximo. (...).

Como disse MLK Jr., e disse isso em tempos de grande racismo contra negros nos Estados Unidos, “podemos ter chegado em navios diferentes, mas hoje estamos todos no mesmo barco”. É essa consciência que falta àqueles que querem criar uma salvaguarda e uma defesa teórica de um sentimento, pensamento e ação que todos devemos eliminar: quando uma pessoa, qualquer que seja ela, trata a outra de forma diferente por conta de sua raça ou cor. 81

E o advento da Lei 14.532/23, com a sua malfadada inclusão do artigo 20 – C no corpo da Lei 7.716/89, obviamente não serviu para alterar a validade do nosso pensamento e nem dos autores supra mencionados. Tanto é fato que William Douglas já se manifestou sobre o tema, criticando fortemente o dispositivo em questão. O autor chama a atenção para dois extremos que consistem em um negacionismo da existência de racismo por um lado e num “identitarismo radical” por outro, ambos prejudiciais ao enfrentamento racional do problema. Com acerto afirma que a luta contra o racismo “deve estar acima de ideologias, ser pauta do Estado, e não de governo, e tarefa de toda a sociedade”. Nesse contexto Douglas chama a atenção para o artigo 20 – C em debate e para a posição de alguns que defendem a tese na inexistência do que chamam de “Racismo Reverso”, em especial de negros contra brancos. 82 O estudioso descarta essa possibilidade, mesmo porque, como nós, reconhece a inconstitucionalidade do artigo 20 – C da Lei 7.716/89 com a redação que lhe foi imprimida pela Lei 14.532/23, incluindo motivações para essa conclusão além daquelas por nós expostas neste texto e com as quais concordamos, e ainda aventando motivação de inconveniência. Em suas palavras:

81 DOUGLAS, William, SILVA, Irapuã Santana do Nascimento da. Não existe monopólio sobre racismo, tampouco o “racismo reverso”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-ago-31/opinio-ao-nao-existe-monopolio-crime-racismo>, acesso em 14.02.2023.

82 DOUGLAS, William. Todo racismo é racismo: Lei 14.532, identitarismo radical e o “racismo reverso”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jan-21/william-douglas-todo-racismo-racismo-lei-143522023>. Acesso em 14.02.2023.

O artigo 20-C padece de três vícios de inconstitucionalidade material: 1) violação à independência funcional do juiz; 2) violação à igualdade material (artigo 5º da Constituição); e 3) tratamento desigual e discriminatório entre grupos (artigo 1º, III, e artigo 3º, III e IV, da Constituição).

O princípio da independência é essencial na atividade judicante, o juiz necessita de liberdade para interpretar os casos seguindo a lei e não o interesse de grupos ou ideologias. Assim, ao vincular como o juiz deve interpretar certo dispositivo, sob dado viés identitário/ideológico, o texto atenta contra tal princípio, decorrente do artigo 93 c/c artigos 95 e 127, § 1º, da CF. Em seguida, há violação à igualdade, gerando tratamento desigual e discriminatório, o que atenta contra os arts. 1º, III, 3º, III e IV, e 5º da CF.

Além disso, há um problema de inconveniência, porque a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (adotada pelo Brasil e recentemente promulgada pelo Decreto 10.932/2022) não agasalha essa redução de proteção aos cidadãos que fazem parte das maiorias. Essa redução, trazida pelo artigo 20-C, vai contra o referido tratado.

83

Em reforço ao afastamento da negação da possibilidade de prática de racismo, por exemplo, de negros contra brancos, Douglas apresenta a reflexão séria e contundente de Risério, 84 em artigo que foi objeto de reações extremadas e tentativas de deslegitimação baseadas não na argumentação e na racionalidade, mas exatamente no uso discriminatório de argumentos "ad hominem" e acusações de "racismo"! É a conhecida técnica autoritária do "efeito silenciador do discurso" descrita por Fiss. 85

Vale transcrever as menções ao texto de Risério e as conclusões a que se chega quanto ao efeito contrário à pacificação social que se obtém com a imposição legal *ideológica* do *monopólio do racismo* para alguns e a *isenção absoluta* para outros:

83 Op. Cit.

84 Op. Cit.

85 FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48. O autor defende a tese coerente de que numa organização democrática não é possível permitir que o discurso de um grupo possa "soterrar" o de outro.

Risério explica: ***"O dogma que reza que pretos são oprimidos e não dispõem de poder econômico ou político para institucionalizar sua hostilidade antibranca é uma tolice. Ninguém precisa ter poder para ser racista"***. O professor prossegue defendendo que ***"a visão atualmente dominante marcada por ignorância e fraudes históricas argumenta que o racismo branco do passado desculpa o racismo preto do presente. Mas o racismo é inaceitável em qualquer circunstância"***. Ele cita exemplos de racismo preto antijudaico e contra asiáticos, chamados de *"macacos amarelos"* (negritos nossos).

Risério acrescenta que ***"o retorno à loucura supremacista em movimentos negros aparece agora como discurso de esquerda"***. Essas ideias já estão no Brasil. Muitas postagens nas redes sociais mostram o agravamento desse viés belicoso (negrito nosso).

Se não houver mudança de rumos, e combate à cultura de segregação e do "nós contra eles", terminaremos por importar o grau de tensão racial que há nos EUA.

A Constituição fala explicitamente em solução pacífica das controvérsias e que temos que trabalhar pela união de todos e pela fraternidade. 86

Como já destacado neste texto, o **"supremacismo"** branco, negro ou seja lá qual for não precisa necessariamente alicerçar-se em uma alegada superioridade intelectual, física, genética etc., mas pode perfeitamente se apresentar sob as vestes insidiosas da **"superioridade moral"** daqueles que se julgam no direito de vitimizar porque foram vitimizados, de dominar porque foram dominados ou de oprimir porque foram oprimidos. Nesse quadro o "supremacismo", que é sempre um terrível vício, acaba se travestindo de virtuosismo. Note-se que esse é um traço psicopatológico comumente descrito em violadores e serial killers que repetem condutas sofridas na infância numa espécie de catarse violenta, aplacando seus ressentimentos e dores. Obviamente esse não é o caminho para a pacificação social e o verdadeiro combate ao racismo. Como muito bem aduz Douglas:

86 DOUGLAS, William, Op. Cit. Para acesso ao texto original de Risério: RISÉRIO, Antonio. Racismo de Negros Contra Brancos Ganha Força com Identitarismo – Sob discurso antirracista, o racismo negro se manifesta por organizações supremacistas. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2022/01/racismo-de-negros-contra-brancos-ganha-forca-com-identitarismo.shtml> , acesso em 14.02.2023.

O objetivo de que o amor vença e de que haja pacificação social não ganha nada com a exclusão das maiorias de proteção da lei. Se isso ocorrer, o Estado não terá legitimidade moral para querer impedir a autodefesa, a retorsão imediata e até o exercício da justiça pelas próprias mãos. Seria péssimo dizer para as maiorias que não adianta elas procurarem o Judiciário. 87

Não é viável defender a tese de que se um grupo de pessoas passa a ser discriminado e oprimido em dado momento histórico em razão da cor, raça, etnia, religião etc., como não há antecedentes históricos relativos a esse grupo, não seria possível reconhecer a prática de Racismo. O Racismo só poderia ser legitimamente reconhecido como existente depois de muitos anos ou até séculos, de forma retroativa. Significa admitir que a tomada de decisão de escravizar, exterminar ou segregar uma dada população por motivos raciais ou qualquer outro preconceito, não seria ainda uma conduta racista acaso inexistisse até então uma perseguição prévia dessa população historicamente reconhecida.

Em um exercício de imaginação, digamos que a “ciência” genética aponte um gene ou alguns genes que tornariam brancos ou pessoas nascidas na Grécia inferiores e prejudiciais à sociedade. Essa tese por si mesma já não seria terrivelmente racista? E pior, o eventual projeto de segregar essas pessoas em guetos e exterminá-las, não seria racista em si? Somente depois das barbaridades serem consumadas e passado longo tempo é que, retroativamente, se poderia falar, com propriedade, em racismo?

Parece que essa espécie de “teoria” ou ideologia peca demais no âmbito da prevenção e da repressão útil e eficaz ao racismo como ameaça medonha à humanidade.

Não há como dar credibilidade à afirmação de que se um indivíduo ou grupo não detém poder, então não consegue cometer Racismo. Nem que seja justamente para obter esse poder e reverter a estrutura racista sem acabar com o racismo, apenas mudando seu direcionamento. Em muitos conflitos étnicos na Europa e na África existe claramente o elemento do preconceito e da crença em superioridade e inferioridade intergrupais (pessoas são comparadas a baratas). Mas, os ditos conflitos nada mais são do que embates para a obtenção do poder que, na verdade, nenhum dos dois oponentes detém de forma absoluta. É claro que depois que um deles se sobrepõe militarmente e politicamente ao outro, essa submissão obtida se converte em exercício de poder geralmente incontestável e quase sempre se convola em genocídio. Mas até lá não havia poder, mas havia Racismo, havia preconceito e discriminação. *É preciso compreender que as sementes do mal já são ontologicamente o próprio mal.* O problema é que a ontologia em geral passa bem longe

87 DOUGLAS, William, Op. Cit.

dos intelectos infectados pelas mais diversas ideologias e relativismos que marcam o pensamento (ou a ausência de pensamento) pós – moderno.

Como já afirmamos diversas vezes em outros trabalhos, *a Justiça não se faz, virando a injustiça de ponta – cabeça ou, numa fórmula mais elegante em analogia à álgebra, a Justiça não é a injustiça com vetor oposto*. Quando se raciocina desse modo o máximo que se faz é inverter o sentido ou a valência da injustiça, não se logrando sua diminuição e muito menos sua desejável eliminação. E é nessa toada que, nos moldes da distopia satírica de Eduardo Mello Guimarães, vamos perdendo espaço para aqueles que o autor denomina pelo neologismo de “idiantes” (“idiotas arrogantes”), os quais parecem que realmente já “dominaram o mundo”. 88

8. A INJÚRIA PRECONCEITO DO CÓDIGO PENAL CONTINUA SENDO CONSIDERADA CRIME DE RACISMO APÓS A LEI 14.532/23?

Em sua redação anterior ao advento da Lei 14.532/23, o artigo 140, § 3º, CP abrangia injúrias com elementos referentes a “raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”.

No entanto, a Lei 14.532/23 promoveu uma cisão no trato da matéria. Cisão esta já devidamente criticada neste trabalho dada sua evidente violação à proporcionalidade.

Agora constituem crime de racismo, previsto no artigo 2º. – A, da Lei 7.716/89 as injúrias marcadas por preconceitos de “raça, cor, etnia ou procedência nacional”. Ficaram relegadas à legislação comum (Código Penal) as injúrias relativas a preconceitos ligados a “religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência”.

Outro detalhe importante: nesses transportes e cisões acabou se perdendo a injúria relativa a questões de “origem”. Este é um problema grave porque conduz a uma atipicidade relativa, não sendo possível a subsunção seja à “Injúria Racial” (artigo 2º. –A, da Lei de Racismo), seja à “Injúria Preconceito” (artigo 140, § 3º, CP). Em nenhum dos dois tipos penais menciona a legislação a palavra “origem”. É verdade que no dispositivo da Lei de Racismo se faz referência à “procedência nacional”, mas essa expressão é muito mais restrita do que a palavra “origem”. A “procedência **nacional**” se refere à denominada “xenofobia” (aversão aos estrangeiros), de modo que atinge condutas praticadas contra pessoas originárias de outras nações, países ou Estados estrangeiros. Mas, a palavra “origem” abrangeria outras situações diversas do preconceito contra estrangeiros. Estefam afirma que “origem diz respeito à *procedência da pessoa* (p.ex. ‘favelado’, ‘baiano’)”. 89

88 GUIMARÃES, Eduardo Mello. *Os Idiantes – Como os idiotas – ignorantes dominaram o mundo*. São Paulo: Poligrafia, 2021.

89 ESTEFAM, André. *Direito Penal*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 261.

Percebe-se que a palavra “origem” é muito mais abrangente do que “procedência nacional”. A palavra “origem” alcança qualquer referência à procedência da pessoa, inclusive a “nacional”. Quando se usa a expressão “procedência nacional” opera-se uma grande e contraproducente redução do conteúdo semântico. Descarta-se o gênero e se utiliza somente uma espécie. Assim sendo, o preconceito injurioso externado com relação à “origem” que não seja especificamente relativo à “procedência **nacional**” não pode mais se tipificar nem na “Injúria Preconceito” do Código Penal, nem na “Injúria Racial” da Lei de Racismo. Então o fato seria atípico? A resposta é afirmativa. Mas, é preciso observar que a atipicidade será relativa, pois haverá a tipificação normal do crime de “Injúria Simples” (artigo 140, CP). E mais uma vez temos uma atroz violação do “Princípio da Proporcionalidade” pela Lei 14.532/23.

É inadmissível a situação a que se chega com essa eliminação redacional da palavra “origem” em ambos os dispositivos estudados. Ofender uma pessoa por sua procedência nordestina, por exemplo, fato este infelizmente comum, torna-se doravante, uma “Injúria Simples” por força do “Princípio da Legalidade”. Outra situação absurda se dá com alguém que seja classificado como “*apátrida*”, ou seja, *peessoas que não são consideradas nacionais por nenhum Estado conforme sua legislação*. O Brasil reconhece a “Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas” (Nova York, 28.09.1954, vigor a partir de 06.06.1960), conforme Decreto 4.246/02, bem como regula a questão em normas internas como a Lei 13.445/17 e o Decreto 9.199/17 relativas à migração. Nitidamente todo apátrida é um hipossuficiente, uma verdadeira “minoría” no sentido mais amplo do termo (quantitativo e qualitativo). No entanto, como somente se prevê agora a devida proteção contra preconceito de “procedência **nacional**” e não mais a fórmula genérica da palavra “origem”, esses desamparados apátridas, acaso injuriados em razão de sua condição, somente contarão com a proteção penal da “Injúria Simples”. Para ter uma noção da absurdidade do esquecimento dessa categoria de pessoas, pesquise-se sobre a população “Rohingya” em Miamar, considerada a maior população apátrida do mundo com mais de um milhão de pessoas submetidas a perseguição e violência sistemáticas nos dias de hoje.⁹⁰ Em todos esses casos e muitos outros a *inconstitucionalidade por insuficiência protetiva* da eliminação da menção da palavra “origem” nos dispositivos é escancarada. E mais, no caso específico dos “apátridas” também é possível reconhecer uma clara *inconvenção*, já que a Convenção Internacional respectiva acima mencionada, internalizada pelo Brasil,

90 ROHINGYAS: 10 fatos sobre a maior população apátrida do mundo. Disponível em <https://www.msf.org.br/noticias/rohingyas-10-fatos-sobre-a-maior-populacao-apatrida-do-mundo/#:~:text=Anos%20de%20persegui%C3%A7%C3%A3o%20e%20viol%C3%Aancia,de%20um%20milh%C3%A3o%20de%20pessoas.&text=A%20crise%20humanit%C3%A1ria%20envolvendo%20a%20popula%C3%A7%C3%A3o%20Rohingya%20em%20Mianmar%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20recente>, acesso em 15.02.2023.

estabelece como norma em seu artigo 3º, a “não discriminação”. Ora a desproteção ou a *proteção insuficiente* ocasionada pela alteração promovida pela Lei 14.532/23, acaba se convolvendo em uma nítida “discriminação negativa” inadmissível.

Na realidade, observando o disposto no artigo 1º. da Lei 7.716/89 percebe-se que toda a Lei de Racismo sofre dessa deficiência quanto à menção da questão genérica da origem, reduzindo seu alcance à “procedência nacional”, o que deveria ser objeto de revisão urgente. Como já dissemos, o ideal seria que a legislação se referisse a qualquer forma de preconceito, discriminação ou segregação de maneira genérica, apresentando-se como uma norma de “interpretação progressiva”.

Retornando à cisão entre os crimes do Código Penal e da Lei de Racismo, é preciso saber se a “Injúria Preconceito” prevista no artigo 140, § 3º., CP, abrangendo o emprego de elementos religiosos, etários e capacitistas prossegue sendo considerada como uma espécie de crime de racismo, embora descrita no Código Penal.

Fato é que o STJ e o STF firmaram, antes do advento da Lei 14.532/23 que o crime de “Injúria Preconceito” seria uma modalidade de crime de racismo abrigada na legislação codificada (STJ, AgRg no AREsp 686965/DF, 6ª. Turma, j. 18.08.2015, DJe31.08.2015; STF, HC 154.248/DF, Rel. Min. Edson Fachin). Sem entrar novamente no mérito da alteração legislativa por via jurisprudencial, com violação flagrante da Separação de Poderes e do Princípio da Legalidade, fato é que até então todos os casos de preconceito injurioso eram considerados pelas Cortes Superiores Brasileiras como crimes de racismo. Embora não se tratassem de decisões vinculantes, já que derivadas da jurisprudência e não da lei, fato é que mesmo quando não se aplicasse a orientação do STJ e do STF, acaso a controvérsia chegasse a essas esferas, seria reconhecida qualquer injúria preconceituosa como crime de racismo. Esse era o quadro até então existente sob o prisma prático.

A Lei 14.532/23 positivou o então entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores Brasileiras quanto às injúrias referentes “raça, cor, etnia ou procedência nacional”, com a criação do crime de racismo do artigo 2º. – A da Lei 7.716/89. Sobre essa questão não existe mais qualquer discussão ou possibilidade de desconsideração da norma posta.

Porém, como já visto, o legislador, além de olvidar-se do preconceito de “origem”, que ficou realmente sem proteção específica (artigo 140, “caput”, CP), deixou na vala comum do Código Penal a “Injúria Preconceito” relativa a “religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência” (artigo 140, § 3º., CP).

Quanto ao preconceito de “origem”, não se tratando de “procedência nacional” e tipificando-se doravante no “caput” do artigo 140, CP, não há como se falar em crime de racismo, pois que não se trata de caso abrangido pela Lei 7.716/89 e também nunca houve

reconhecimento, ainda que jurisprudencial por vias tortas, de que a “Injúria Simples”, mesmo movida por algum preconceito, fosse equiparável ao racismo.

Já quanto ao caso do preconceito religioso, etário e capacitista, previsto como qualificadora da injúria no artigo 140, § 3º, CP existem as orientações jurisprudenciais do STJ e do STF acima mencionadas.

Assim sendo, no que diz respeito ao artigo 140, § 3º, CP, surgirão certamente dois entendimentos:

a) O artigo 140, § 3º, CP, após as alterações da Lei 14.532/23, deixou de ser uma modalidade de crime de racismo, mesmo diante das posições jurisprudenciais do STJ e do STF. Isso porque tais decisões foram tomadas num contexto em que não havia ainda o transplante efetivo da “Injúria Racial” para a Lei 7.716/89. Com a mudança topográfica parcial do conteúdo do artigo 140, § 3º, CP, somente serão considerados como crimes de racismo os casos elencados no artigo 2º. – A, da Lei 7.716/89, voltando o artigo 140, § 3º, a ser um simples crime contra a honra. Dessa forma, a injúria qualificada do § 3º. do artigo 140, CP não é inafiançável e nem imprescritível, seguindo também como um crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, nos termos do artigo 145, Parágrafo Único, “in fine”, CP. 91

Assumida essa posição é preciso ter em mente que quaisquer pessoas que estejam respondendo a inquéritos ou processos criminais por Injúria Preconceito religiosa, etária ou capacitista, com tratamento de crime de racismo, não poderão sofrer mais essa espécie de incriminação, mas continuarão respondendo por crime comum contra a honra de forma qualificada. A contagem de prescrição também deverá ser revista, pois que não há imprescritibilidade. E se o caso foi tratado como de ação penal pública incondicionada e passado o prazo decadencial de representação, ter-se-á operado a extinção de punibilidade pela decadência. A Lei 14.532/89, nessa perspectiva, seria “novatio legis in mellius” para os perpetradores de preconceito religioso, etário e capacitista, devendo, portanto, retroagir em seu benefício.

91 Neste sentido: PEREIRA, Jeferson Botelho, Op. Cit. “Importante observar que a partir desse instante, se a imputação consistir em elementos referentes à religião, condição de pessoa idosa ou com deficiência, o crime será contra a honra, § 3º, do CP; ao passo que se a imputação for em razão de elementos referentes à raça, cor, etnia ou procedência nacional o crime será de Racismo, Lei n. 7.716/89”. Coerentemente com seu pensamento afirma também o autor que em casos de infração ao artigo 140, § 3º, CP por ofensas religiosas, etárias ou capacitistas, poderá o Delegado de Polícia arbitrar fiança em caso de Prisão em Flagrante, nos termos do artigo 322 e 325, CPP. Claramente, para Pereira, as decisões do STJ e do STF deixam de ser aplicadas aos casos relegados ao Código Penal.

b)Independentemente do advento da Lei 14.532/23 e da cisão dos dispositivos legais, a “Injúria Preconceito” prevista no artigo 140, § 3º., CP, embora com pena diversa do artigo 2º.-A da Lei 7.716/89, conserva sua característica de crime de racismo, mantendo-se o reconhecimento de seu caráter imprescritível e inafiançável. A ação penal deve ser pública incondicionada, como nos demais crimes de racismo e não sujeita a prazos decadenciais. Isso tudo porque embora tenha havido a cisão do tratamento, o crime do artigo 140, § 3º., CP continua com as mesmas características quanto aos casos de idade, religião e capacitismo, que embasaram as decisões do STF e do STJ, não havendo motivo *material* para qualquer forma de “*distinguishing*” relativo aos precedentes jurisprudenciais enfocados. A mudança operada pela Lei 14.532/23 não teve o condão de alterar o *conteúdo ou a natureza* da infração penal do artigo 140, § 3º., CP, ou seja, não a atingiu *materialmente*, mas apenas *formalmente*, com relação à topografia de parte da norma, que migrou para a Lei 7.716/89. Dessa forma nada se alteraria a não ser o “quantum” de pena previsto no preceito secundário. Obviamente que aqueles preconceitos praticados antes e que depois migraram para a Lei de Racismo, com previsão de pena maior, não sofreriam o incremento penal porque este não poderia retroagir enquanto “*novatio legis in pejus*”. Entretanto, a condição de crime de racismo do artigo 140, § 3º., CP continuaria intocada no aspecto jurisprudencial e prático. Salvo se em algum momento o STJ e o STF alterarem seu entendimento sobre o tema, o que não nos parece adequado diante do fato de que a mudança levada a termo pela Lei 14.532/23 foi *meramente formal e não material*, de modo a não justificar qualquer mudança relativa aos precedentes julgados.

Seria bom lembrar (e seria bom que lembrassem também os mencionados Tribunais Superiores) o fato aduzido por Sannini e Gilaberte de que o STF “enxerga no termo racismo, constitucionalmente empregado, algo que vai muito além das questões de raça, consoante o exposto no HC 82.424 (Caso Ellwanger, 2003)”.⁹² Como bem destacam os autores, de acordo com o entendimento do STF, “a palavra ‘racismo’, contextualizada na Constituição Federal de 1988, deve ser entendida como “um racismo social, que relega certas categorias de pessoas a uma situação de ‘semicidade’”.⁹³ Nesse passo não há elemento diferencial entre a discriminação derivada do artigo 2º. – A da Lei 7.716/89 e aquela oriunda do artigo 140, § 3º., CP, tanto é fato que emanam da mesma fonte (antigo artigo 140, § 3º., CP). Se é que se pode esperar uma sistemática jurisprudencial ou coerência decisória, há que reconhecer que a Lei 14.532/23 em nada alterou o quadro que levou o STF e também o STJ a essas posições, não se justificando qualquer mudança interpretativa.

92 SANNINI, Francisco, GILABERTE, Bruno, Op. Cit.

93 Op. Cit. Sannini e Gilaberte também entendem que não há óbice para que o crime do artigo 140, § 3º., CP prossiga sendo reconhecimento como uma forma de racismo com base na jurisprudência do STJ e do STF e, assim sendo, imprescritível e inafiançável.

A condição de crime de racismo, com consequentes inafiançabilidade e imprescritibilidade do artigo 140, § 3º., CP prosseguiria na forma de um posicionamento jurisprudencial praticamente incontornável, enquanto que a “Injúria Racial” prevista agora no artigo 2º. – A da Lei 7.716/89 passaria de um mero entendimento jurisprudencial para uma previsão *expressa* da lei em consonância com o preceito constitucional do artigo 5º., XLII, CF.

Embora, como já exposto neste trabalho, sustentemos firme dissenso com relação a alterações legislativas procedidas à fórceps pela via jurisprudencial, especialmente na seara penal, 94 o reconhecimento da figura do artigo 140, § 3º., CP como racismo é fato consumado, independente do seu mérito. As decisões são não vinculantes, mas, como já se disse, na prática, chegando o caso às Cortes Superiores, prevalecerá o entendimento delas. Dessa forma, adotamos como mais correta a posição exposta no item “b” acima, a qual, a nosso ver, deveria prevalecer. Mesmo porque, ainda que por caminhos tortuosos, seria uma forma de diminuir a violação à proporcionalidade produzida pela Lei 14.532/23 ao deixar parcela da “Injúria Preconceito” na vala comum do Código Penal. Acrescente-se, por oportuno, com as mesmas ressalvas e dissenso relativos às violações da Separação de Poderes e do Princípio da Legalidade, que também não se vê motivação alguma para que, com o advento da Lei 14.532/23 se afaste a condição reconhecida pelo STF de crime de racismo, nos casos de condutas previstas na Lei 7.716/89 por preconceito, discriminação ou segregação homotransfóbica. Embora a Lei 14.532/23 tenha perdido a oportunidade de tratar legalmente da questão, dando fim a uma analogia “in mallam partem” empregada na área penal por via jurisprudencial espúria, não se pode dizer que o surgimento dessa nova legislação tenha alterado em nada as razões de decidir do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal. Discordar do ativismo judicial vilipendiador da legalidade e da constitucionalidade, não muda o fato de que essa decisão foi proferida na prática e não sofre qualquer espécie de influência da Lei 14.532/23.

Quanto à questão de ser o crime de ação penal pública incondicionada, afastando-se o prazo decadencial e a necessidade de representação do ofendido, sabe-se que também pode haver discordância, pois há quem entenda que isso violaria o disposto no artigo 145, Parágrafo Único, “in fine”, CP. No entanto, não nos é compreensível como poderia um crime imprescritível ter a punibilidade extinta em 6 (seis) meses por decadência. Não obstante, é preciso ter em mente que, mesmo com a adoção da posição

94 De acordo com nossas críticas veja-se à época a manifestação de Silva: SILVA, César Dario Mariano da. O STF e a Espada de Dâmocles: a imprescritibilidade da injúria racial. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-nov-11/cesar-dario-stf-imprescritibilidade-injuria-racial> , acesso em 15.02.2023.

do item “b” essa discussão ainda restará indefinida. Toda essa celeuma desnecessária se dá primeiro por uma ingerência indevida do Judiciário na seara legal e depois por uma atabalhoada alteração legislativa feita pela Lei 14.532/23.

9. NORMA PROCESSUAL PENAL RELATIVA À ASSISTÊNCIA JURÍDICA DAS VÍTIMAS DE RACISMO

A Lei 14.532/23, em meio a vários dispositivos de caráter penal, apresenta uma normativa de natureza processual penal e civil.

Trata-se do artigo 20 – D incluído na Lei 7.716/89, mandando que em todos os atos processuais, civis ou criminais, a vítima dos crimes de racismo deva ser acompanhada de advogado ou defensor público. Note-se que embora a Lei 14.532/23 trate a maior parte do tempo dos crimes de “Injúria Racial” e de “Apologia ao Racismo”, o artigo 20 – D ora focado contém uma determinação que vale não somente para esses crimes citados, mas para **todos** os crimes de racismo previstos na Lei 7.716/89.

Vemos nesse dispositivo uma excelente manifestação dos Direitos Humanos aplicados à vítima, no sentido de assegurar-lhe um Processo Penal e Civil justo. 95

De acordo com o artigo 20 – D em estudo é possível concluir que a própria vítima poderá, se tiver condições financeiras, constituir advogado ou, em caso de hipossuficiência, receber advogado dativo de convênio com a OAB ou Defensor Público para sua assistência. Ainda que a vítima tenha condições de contratar advogado, mas não o faça, deverá, *obrigatoriamente*, ser-lhe nomeado defensor público ou advogado dativo conveniado. A redação do dispositivo é imperativa (“deverá”) e não facultativa.

Esse defensor obviamente poderá e deverá ser habilitado no Processo Penal como Assistente da Acusação (artigos 268 – 273, CPP).

No Processo Civil a vítima naturalmente já teria de valer-se de advogado constituído, dativo ou Defensor Público para postular em juízo, razão pela qual a norma enfocada nos parece, SMJ., supérflua.

Um detalhe que nos parece relevante. No Processo Civil não há problema, porque realmente sem o advogado ou defensor não seria possível sequer ingressar com a ação. Mas, no Processo Penal, em se tratando de crimes de racismo, que são de ação penal pública incondicionada, o titular privativo da ação penal é o Ministério Público (artigo 129, I, CF). Então é possível que uma ação penal por crime de racismo venha a ser instaurada sendo fato que a vítima não seja assistida por advogado ou Defensor Público em um,

95 REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O Direito Humano da Vítima a um Processo Penal Eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021, “passim”.

algum ou mesmo todos os seus atos processuais. A indagação que precisa ser feita é a seguinte:

A falta de nomeação de advogado ou Defensor Público à vítima de crime de racismo enseja nulidade do Processo Penal respectivo?

Em tese, poder-se-ia falar em nulidade nos termos do artigo 564, IV “por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”. Contudo, não somente a razoabilidade e a instrumentalidade das formas como também as regras legais das nulidades no Código de Processo Penal, indicam para o seu não reconhecimento.

Em primeiro lugar a determinação contida no artigo 20 - D da Lei de Racismo é realizada em proveito da vítima de racismo. Não seria razoável que uma formalidade não cumprida em prol da vítima viesse a prejudicar ainda mais os seus interesses. Sim, porque o reconhecimento da nulidade de um Processo Criminal beneficia o réu e não a vítima, beneficia o racista e não a pessoa discriminada.

Além disso, o artigo 563, CPP, em posituação do “Princípio da Instrumentalidade das Formas”, estabelece que uma nulidade somente será reconhecida e declarada se houver efetivo prejuízo para a acusação ou para a defesa. É evidente que a falta de defensor à vítima não prejudica de forma alguma a defesa e também não atrapalha em nada o trabalho do acusador público (no caso, o Ministério Público). Normalmente não haverá influência na apuração dos fatos, da “verdade substancial” ou na “decisão da causa”, de modo que se afastaria a nulidade de acordo com o artigo 566, CPP, também relativo ao “Princípio da Instrumentalidade das Formas”.

Mas, realmente o principal motivo para não haver nulidade na falta dessa formalidade é o fato de que a vítima não seria em nada beneficiada por isso. Ao reverso, sofreria sobrevivitização ou vitimização secundária. Já teria sido prejudicada pela falta de assistência jurídica no processo criminal e agora veria tal processo anulado, em especial quando houvesse condenação do réu.

Mas e se o réu alegar essa nulidade?

A resposta é que a nulidade não poderá ser acatada, uma vez que se trata de formalidade cuja observância só interessa à parte contrária (artigo 565, “in fine”, CPP).

E no caso de haver absolvição do réu? Será que mesmo assim a nulidade não poderia ser arguida pela vítima e/ou Ministério Público?

A resposta também é não. Isso porque quem deu causa a nulidade não pode arguir sua ocorrência em benefício próprio, nos termos do artigo 565, CPP, parte inicial. O

Ministério Público, enquanto fiscal da lei deveria ter zelado pela presença de advogado da vítima ou nomeação de Defensor Público. Sua desídia no cumprimento de suas funções é que deu causa a eventual nulidade, razão pela qual não poderia jamais alegá-la e ter seu pleito acatado. Quanto à vítima, também lhe cabia apresentar advogado constituído ou requerer seus direitos no decorrer do andamento processual. Não o fazendo deu causa àquela falha. Mesmo que se considere que a vítima não tem obrigação legal de ter ciência de seus direitos e deveria ser tutelada pelos agentes públicos envolvidos (Juiz e Promotor), fato é que também não agiu e, mais que isso, a nulidade nessa situação somente pode ser considerada como “relativa” e não “absoluta”, de modo que a falta de arguição no primeiro momento propício convalida o Processo em seus atos.

Assim sendo a falha dos agentes públicos, especialmente do Juiz de Direito em nomear defensor ou assegurar-se de que a vítima é assistida por advogado nos casos de crimes de racismo, deve ficar para a solução na seara administrativa com a responsabilização disciplinar de magistrados e promotores, bem como, eventualmente, de Defensores Públicos omissos.

10. CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho foi analisada a Lei 14.532/23 que alterou a Lei 7.716/89 (Lei de Racismo), sob seus aspectos penais, processuais, constitucionais e convencionais.

Inicialmente foi exposto um breve histórico do tratamento jurisprudencial e legal conferido ao longo do tempo para a chamada “Injúria Racial, Racista ou Preconceito”, objetivando situar o leitor quanto ao desenvolvimento cronológico do tema. Constatou-se que a “Injúria Racial” foi inicialmente inserida como qualificadora da Injúria no Código Penal, sofrendo algumas alterações ao longo do tempo quanto ao seu conteúdo e ação penal. Uma virada interpretativa ocorre com decisões jurisprudenciais do STJ e do STF apontando a “Injúria Racial”, ainda que prevista na legislação codificada e não na lei especial de racismo, como uma modalidade de crime de racismo com todas as suas consequências. Finalmente, vem a lume a Lei 14.532/23 que positiva esse entendimento jurisprudencial.

Procedemos introdutoriamente a um esclarecimento terminológico a respeito das distinções entre os conceitos de preconceito, discriminação e segregação, valendo-nos do escólio de Sannini e Gilaberte, 96 chegando à conclusão de que em geral a conformação do preconceito ainda se dá como um sentimento, um pensamento ou postura interna, de modo que em cotejo com os tipos penais previstos na Lei de Racismo, trata-se de fase de

96 SANNINI, Francisco, GILABERTE, Bruno, Op. Cit.

cogitação do “*iter criminis*”. Os tipos penais descritos na Lei 7.716/89 descrevem condutas de discriminação e segregação em suas variadas formas de expressão externa.

A Lei 14.532/23 teve a virtude de regularizar, ao menos parcialmente, uma situação de violação do “Princípio da Legalidade” e da “Separação dos Poderes”, criada por um ativismo judicial agressivo do STJ e do STF.

Com a positivação da “Injúria Racial” no artigo 2º. – A da Lei 7.716/89, o que era uma espúria atividade jurisprudencial se torna uma previsão normativa obediente ao “Princípio da Legalidade”.

Não obstante essa virtude, a legislação em estudo comete o erro de promover uma cisão no tratamento dessa espécie de injúria preconceituosa, deixando no Código Penal questões relativas à religião, idade e deficiência (artigo 140, § 3º., CP). A partir daí várias lesões ao “Princípio da Proporcionalidade” são constatáveis.

Na verdade a melhor opção para o tratamento da matéria seria a previsão de uma legislação que se referisse a atitudes preconceituosas, discriminatórias negativas e segregatórias em geral, na forma dos tipos penais já previstos na Lei 7.716/89. A enumeração de espécies fechadas de racismo é contraproducente e não propicia uma lei à qual se possa aplicar uma chamada “interpretação progressiva”, entendida como aquela “que busca amoldar a lei à realidade atual. Evita a constante reforma legislativa e se destina a acompanhar as mudanças da sociedade”. 97 A omissão do legislador na Lei 14.532/23 e sua opção pela continuidade de enumeração taxativa de espécies de racismo impediu que outra questão que também hoje se apresenta como aberrante construção criminal jurisprudencial por analogia “*in mallam partem*”, prossiga produzindo nefastos efeitos sobre a segurança jurídica e a legalidade, qual seja, a questão do preconceito homotransfóbico.

Por outro lado, conclui-se que a transformação da “Injúria Preconceito” em crime de racismo é desproporcional e não tem a menor comparação com as demais figuras previstas na Lei 7.716/89. A antiga distinção entre “Injúria Preconceito” como crime comum contra a honra, embora qualificado, e os crimes de racismo era adequada e proporcional. Essa transposição feita inicialmente pela via ativista judicial radical e em seguida pelo legislador não é movida pela cientificidade jurídica, mas tão somente por apelos midiáticos e submissão vergonhosa ao politicamente correto. Por outro lado, enquanto o legislador se preocupa em agrandar agendas identitárias politicamente corretas, se olvida de que precisaria realmente fazer uma reforma na Lei de Racismo, adequando as penas à gravidade dos ilícitos. As punições previstas na Lei 7.716/89, a

97 MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**. Volume 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 125.

nosso ver, chegam a ser ridículas diante de crimes tão bárbaros ali descritos. A visão do legislador e da sociedade em geral acaba sendo obnubilada por um véu de futilidades que não lhes permite enxergar o que realmente importa. Seria necessário um aumento geral das penas da Lei de Racismo, visando evitar um mal de insuficiência protetiva que a nosso ver contamina a referida legislação.

A previsão do chamado “Racismo Recreativo” deve ser utilizada “cum grano salis”, apenas em casos patentes nos quais fique muito claro que o agente se utilizou falsamente de uma brincadeira ou contexto de divertimento para, na verdade, praticar uma conduta racista. No entanto, realmente os temores dos humoristas e artistas em geral não deixa de ter boas razões, isso porque nada garante que essa interpretação e aplicação sóbria consiga conter a sanha punitiva e autoritária do politicamente correto que pressiona e influencia a mídia, a polícia, o ministério público, o judiciário e até mesmo empresas, isso sem falar em seu influxo deletério e belicoso na população em geral.

Quanto à questão das imunidades penais nos crimes contra a honra, conforme dispõe o artigo 142, CP, constata-se possível dissenso doutrinário – jurisprudencial sobre o tema. No entanto, a nosso ver, seria muito difícil e mesmo inadequado reconhecer imunidade penal para casos de “Injúria Preconceito” (artigo 140, § 3º., CP) ou “Injúria Racial” (artigo 2º. – A da Lei 7.716/89), tendo em vista a gravidade dessas ofensas e sua amplitude lesiva que ultrapassa o dano à honra para adentrar em violações mais gravosas a “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” (inteligência do artigo 3º., IV, CF).

O denominado “Racismo Funcional” é previsto agora como causa especial de aumento de pena adstrita somente aos crimes dos artigos 2º. – A e 20 da Lei 7.716/89. Para configuração da majorante será necessário que o autor do ilícito atue em razão da função e não fora dela. O conceito de “funcionário público” é dado na forma de uma “norma remetida” ao artigo 327, CP, que apresenta uma definição geral de “funcionário público” para fins penais. Essa definição legal é mais abrangente do que a encontrável no Direito Administrativo, mais se aproximando do conceito de “agente público”. Justifica-se plenamente a majorante, tendo em vista a obrigação legal dos agentes públicos de combater e reprimir o racismo, jamais praticá-lo ou disseminá-lo de qualquer forma. Aliás, fica uma dúvida: qual foi a razão pela qual o legislador restringiu esse aumento somente a duas figuras e não a todos os crimes de racismo, o que nos pareceria mais coerente e justo? Além disso, também não pode ser aplicada a majorante aos casos de “Injúria Preconceito” previstos no artigo 140, § 3º., CP, o que novamente viola a proporcionalidade, já que o aumento é aplicável expressamente somente aos artigos 2º. – A e 20 da Lei de Racismo.

Também se chega à conclusão de que essa causa de aumento de pena funcional não se aplica ao particular em nenhuma circunstância, mesmo no caso de concurso de agentes com funcionário público. Isso porque a condição de funcionário público é

“pessoal” e, portanto, não se transmite, já que não é elemento do tipo seja do artigo 2º. – A ou do artigo 20 da Lei de Racismo (inteligência dos artigos 29 e 30, CP).

Há previsão de qualificadora para o artigo 20 da Lei 7.716/89 quando o crime for praticado por intermédio de meios de comunicação social, publicação em redes sociais, da rede mundial de computadores ou de publicação de qualquer natureza. A novidade é a menção expressa às redes sociais e à internet. No mais, essa qualificadora já existia. Na realidade, mesmo a menção às redes sociais e internet somente tem o condão de explicitar o que já era reconhecível como qualificadora, seja quando a lei falava em “meios de comunicação social” ou mesmo “publicações de qualquer natureza”. Assim sendo, embora possa haver discussão, entende-se que a qualificadora tem poder retroativo, já que se trata de “continuidade normativo típica neutra” e não de “novatio legis in pejus”. Outras questões foram debatidas, tais como o uso de vestimentas e tatuagens, concluindo-se pela tipicidade de tais condutas de acordo com cada caso concreto, aplicando-se o “caput” do artigo 20 ou a sua forma qualificada, além do § 1º. do mesmo dispositivo.

Também se qualifica o crime de “Apologia ao Racismo” acaso perpetrado em contexto de eventos públicos esportivos, religiosos, artísticos ou culturais. A qualificação se justifica pela presença de muitas pessoas nesses eventos, razão pela qual a apologia espúria ganha potencialidade. Embora haja menção a eventos religiosos, é preciso ter em mente que a normativa em estudo não pode conflitar com a liberdade religiosa de forma a coartá-la.

Nessa qualificadora é prevista uma pena privativa de liberdade e uma pena restritiva de direitos. Devido à redação sofrível do dispositivo, vislumbra-se dúvidas quanto à sua aplicação. Nosso entendimento é o de que as penas devem ser aplicadas obrigatoriamente em conjunto, sendo o tempo de impedimento de acesso aos eventos fixo em 3 (três) anos. A individualização se daria então somente quanto à pena privativa de liberdade que tem intervalo mínimo e máximo. Foram apresentadas, além dessa interpretação, mais duas possíveis. Nenhuma é ideal, havendo sempre algum problema de individualização da pena e/ou conflito com a redação legal, isso tendo em vista a má redação do dispositivo, conforme já mencionado.

O emprego de violência, óbice ou impedimento contra manifestações ou práticas religiosas é previsto como uma modalidade equiparada penalmente ao artigo 20 da Lei 7.716/89. Isso reforça o fato de que a liberdade religiosa não pode ser objeto de repressão por instrumentalização do artigo 20, § 2º. – A. Também demonstra que a injúria religiosa foi relegada à vala comum do Código Penal, mas atos de violência, óbice ou impedimento às manifestações ou práticas religiosas são catalogados como crimes de racismo. Fica uma lacuna quanto à proteção de outras práticas “culturais” não religiosas.

No caso de emprego de violência, que a nosso ver pode ser contra pessoas ou coisas, a lei impõe o cúmulo material de delitos. Foram ainda analisados casos em que ocorra homicídio ou crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. Em relação à contravenção penal de “Vias de Fato” (artigo 21, LCP), entende-se que deverá ser absorvida como ilícito – meio, diversamente das lesões corporais, danos etc. Ademais, a elementar do emprego de violência não é obrigatória, podendo ocorrer óbice ou impedimento por outros meios. O crime é de forma livre.

A alteração promovida pela Lei 14.532/23 na redação do § 3º., do artigo 20 da Lei 7.716/89 é meramente de natureza redacional material, ajustando a dicção legal devido à inclusão de dois novos parágrafos após o § 2º. já existente. Por isso o § 3º. se remete expressamente hoje ao § 2º. e não mais ao “parágrafo anterior” como constava na redação antiga. Quanto às cautelares passíveis de serem aplicadas em nada se alteraram com o advento da Lei 14.532/23.

A norma geral de hermenêutica criada com o artigo 20 – C da Lei 7.716/89 com nova redação dada pela Lei 14.532/23, além de socialmente contraproducente e embasada em ideologias identitárias radicais, sofre do mal de inconstitucionalidade por diversos motivos expostos ao longo do trabalho.

Muito embora a Lei 14.532/23 tenha promovido uma cisão entre a “Injúria Preconceito” (artigo 140, § 3º., CP) e a “Injúria Racial” (artigo 20. – A da Lei 7.716/89) com previsão de penas diferentes, violando diretamente à proporcionalidade, entende-se, diante de possível dissenso doutrinário – jurisprudencial, que o crime previsto no artigo 140, § 3º., CP continua mantendo sua característica de “crime de racismo”, com base nas decisões pretéritas do STJ e do STF. O advento da Lei 14.532/23 não altera o quadro fático e nem jurídico de maneira a justificar uma mudança de entendimento. Ao menos assim, inobstante nossas fortes ressalvas ao ativismo judicial violador da legalidade, abrandam-se um pouco o vilipêndio praticado contra a proporcionalidade. As penas serão diversas, o que é incorreto, mas ao menos o crime do Código Penal poderá seguir como um delito de racismo imprescritível e inafiançável. Haverá ainda discussão acerca da natureza da ação penal pública condicionada, conforme disposto no artigo 145, Parágrafo Único, “in fine”, CP. No entanto, a nosso ver não há coerência na existência de um crime grave de racismo imprescritível e inafiançável que, concomitantemente, pode ter sua punibilidade extinta em meros 6 (seis) meses de prazo decadencial. Assim sendo, a nosso ver, a partir das decisões do STJ e do STF, que se mantém atualmente inalteradas, o crime do artigo 140, § 3º., CP é de ação penal pública incondicionada.

Outra questão relevante foi constatada. Na transposição do artigo do Código Penal para a Lei de Racismo, se perdeu a palavra “origem”, que acabou substituída pela expressão “procedência nacional”. Refletindo sobre a questão, chegou-se à conclusão que houve uma redução indevida do alcance da norma. “Origem” diz respeito a qualquer espécie de

procedência (nacional, estadual, de classe etc.). Já “procedência **nacional**” é apenas uma das espécies do gênero “origem”. A qualificação da procedência como “nacional” reduz o alcance da norma e relega à mera “Injúria Simples” (artigo 140, “caput”, CP) ofensas a pessoas em razão da unidade federativa originária, da cidade, da classe social (v.g. nordestino, cearense, cabeça – chata, favelado etc.). Há evidente inconstitucionalidade por proteção insuficiente. Ainda pior, deixa-se a descoberto os “apátridas”, que também ficarão com tutela deficiente mediante o único recurso à “Injúria Simples”. Neste último caso, aponta-se, além da inconstitucionalidade por insuficiência protetiva, a inconveniência por infração ao artigo 3º., da “Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas” (Nova York, 28.09.1954, vigor a partir de 06.06.1960), de que o Brasil é signatário por via do Decreto 4.246/02. Ainda sobre o tema importa destacar que o artigo 1º. da Lei de Racismo sofre da mesma omissão quanto à palavra “origem”, somente mencionando uma espécie de “procedência”, a “nacional”, de modo a transmitir a falha para toda a legislação. Esse, aliás, deve ter sido o motivo da perda da palavra “origem” durante o transporte do Código Penal para a Lei de Racismo. Propõe-se uma revisão urgente sobre esse ponto, mesmo porque em outros dispositivos do diploma usa-se a palavra “origem”, mas também qualificada por “nacional”, mantendo a redução semântica indesejável (v.g. artigo 4º., § 1º., “in fine” da Lei 7.716/89).

Finalmente, saliente-se que a Lei 14.532/23 apresenta várias normativas inovadoras de caráter penal e, em meio a elas, um dispositivo de natureza processual penal e civil, consistente no artigo 20 – D acrescido à Lei de Racismo. Ali se estabelece a obrigatoriedade de assistência jurídica à vítima de crimes de racismo (por advogado ou Defensor Público) em todos os atos de processos civis ou criminais. Embora a norma seja redigida de forma imperativa, entende-se que a omissão da presença de defensor à vítima não levará a nulidade, tendo em conta que normalmente o reconhecimento desta irá prejudicar mais a vítima do que o réu. A omissão no cumprimento da norma legal em destaque deve conduzir à responsabilização administrativa de magistrados e membros do Ministério Público encarregados de fiscalizar e cumprir a lei, bem como, eventualmente, de Defensores Públicos relapsos.

Esperamos que as alterações promovidas pela Lei 14.532/23 na Lei 7.716/89, inobstante suas lacunas e equívocos, venham a ser interpretadas e aplicadas da melhor forma possível, visando sempre o combate *a qualquer espécie de racismo* e à pacificação social que se produz pela *reciprocidade* do respeito entre as pessoas, sejam elas de que raça, cor, etnia, religião, origem ou procedência nacional for.

11-REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. *O que é Racismo Estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 25 – 29.

ANTEQUERA, Luis. *Cristofobia: A perseguição aos cristãos no século XXI*. Florianópolis: ID, 2020.

ARENDR, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. 6ª. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

MARSHALL, Paul, GILBERT, Lela, SHEA, Nina. *Perseguidos – O ataque global aos cristãos*. Trad. Emerson Justino. São Paulo: Mundo Cristão, 2014.

BANTON, Michael. *A Ideia de Raça*. Trad. António Marques Bessa. Lisboa: Edições 70, 2010.

BERGER, Peter L. *The Sacred Canopy: Elements of a Sociological Theory of Religion*. New York: Doubleday, 1967.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 3. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOUDON, Raymond. *Efeitos Perversos e Ordem Social*. Trad. Analúcia T. Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1979.

BRUM, Débora. *Comunicação Assertiva*. São Paulo: Literare Books International, 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARSON, D. A. *A Intolerância da Tolerância*. Trad. Érica Campos. São Paulo: Cultura Cristã, 2013.

CORBETT, Edward P. J., CONNORS, Robert J. *Retórica Clássica para o estudante moderno*. Trad. Bruno Alexander. Campinas: Kírion, 2022.

COSTA, Adriano de Sousa, DAVID, Ivana, BRETZ, William. Comentários sobre a injúria racista recreativa. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jan-17/comentarios-injuria-racista-recreativa> , acesso em 1º.02.2023.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. 6ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 4. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAVIS, Robert C. *Escravos Cristãos, Senhores Muçulmanos – Escravidão Branca no Mediterrâneo, na Costa da Berbéria e na Itália, de 1500 a 1800*. Trad. Leonardo Castilhone. Campinas: Vide Editorial, 2021.

DOUGLAS, William, SILVA, Irapuã Santana do Nascimento da. Não existe monopólio sobre racismo, tampouco o "racismo reverso". Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-ago-31/opinia-ao-nao-existe-monopolio-crime-racismo> , acesso em 14.02.2023.

DOUGLAS, William. Todo racismo é racismo: Lei 14.532, identitarismo radical e o "racismo reverso". Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jan-21/william-douglas-todo-racismo-racismo-lei-143522023> , acesso em 14.02.2023.

ESTEFAM, André. *Direito Penal*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Edson. VOTO. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC154248.pdf>, acesso em 18.12.2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer "et al." São Paulo: RT, 2002.

FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FURTADO, Cíntia. O que é comportamento passivo – agressivo? Disponível em <https://melkberg.com/2021/05/21/o-que-e-comportamento-passivo-agressivo/> , acesso em 03.02.2023.

GUIMARÃES, Eduardo Mello. *Os Idiantes – Como os idiotas – ignorantes dominaram o mundo*. São Paulo: Poligrafia, 2021.

HERINGER, Carolina. Justiça absolve jovem acusado de exibir tatuagem de símbolo nazista em clube israelita. Disponível em <https://extra.globo.com/casos-de-policia/justica-absolve-jovem-acusado-de-exibir-tatuagem-de-simbolo-nazista-em-clube-israelita-10833092.html> , acesso em 09.02.2023.

HUGHES, Robert. *Cultura da Reclamação*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

IERUNCA, Virgil. *El Experimento Pitesti*. Trad. Joaquín Garrigós. Madrid: Xorki, 2019.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. Volume 2. 32ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KAMEL, Ali. *Não Somos Racistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

KNOX, Robert. *The Races of Men – A Fragment*. Philadelphia: Lea & Blanchard, 1850.

KOESLER, Arthur. *Escuridão ao Meio – Dia*. Trad. Petê Rissatti. Campinas: Sétimo Selo, 2022.

LAMBERT, Jean Marie. *História da África Negra*. Goiânia: Kelps, 2001.

MACIEL, Getulino do Espírito Santo. *Aprendendo Direito – Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª. ed. Lorena: CCTA, 2001.

MARCUSE, Herbert. *Crítica da tolerância pura*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**. Volume 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MATTÉI, Jean – François. *A Barbárie Interior – Ensaio sobre o i – mundo moderno*. Trad. Isabel Maria Loureiro. São Paulo: Unesp, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume III. 28ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. Volume II. 11ª. ed. São Paulo: RT, 1987.

MOREIRA, Adilson. *Racismo Recreativo*. São Paulo: Pólen, 2019.

N'DIAYE, Tidiane. *O Genocídio Ocultado. Investigação Histórica Sobre o Tráfico Negro Árabe – Muçulmano*. Trad. Tiago Marques. 3ª. ed. Lisboa: Gradiva, 2020.

NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume 4. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

NOTT, Josiah Clark, GIDDON, George Robins, MORTON, Samuel George. *The Races of Men – Ethnological Researches based upon the Ancient Monuments, Paintings, Sculptures and Crania of Races and upon their Natural, Geographical, Philological and Biblical History*. Philadelphia: J. B. Lippincott & Company, 1854.

OLIVER, Roland. *A Experiência Africana – Da Pré – História aos Dias Atuais*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

OLIVER, Roland. *The African Experience*. London: Weodemfeld and Nicolson, 1991.

PENN, William. *The Peace of Europe – The Fruits of Solitude and Other Writings*. New York: E. P. Dutton & Co., 1907.

PEREIRA, Jeferson Botelho. Nova roupagem do crime de injúria racial. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/101958/nova-roupagem-do-crime-de-injuria-racial-repercussoes-processuais-no-deslocamento-topografico-da-figura-tipica> , acesso em 1º.02.2023.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O Direito Humano da Vítima a um Processo Penal Eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021.

RIBEIRO, Adilson Pires, GOULART, Mariana. Reflexões sobre a recente manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da (im) prescritibilidade do crime de injúria racial. *Boletim IBCCrim*. n. 312, p. 18 - 19 , nov., 2018.

RIBEIRO, Djamila. *Pequeno Manual Antirracista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RIBEIRO, Djamila. *Quem tem medo do feminismo negro?* São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RISÉRIO, Antonio. Racismo de Negros Contra Brancos Ganha Força com Identitarismo – Sob discurso antirracista, o racismo negro se manifesta por organizações supremacistas. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2022/01/racismo-de-negros-contra-brancos-ganha-forca-com-identitarismo.shtml> , acesso em 14.02.2023.

ROCCELLA, Eugenia, SCARAFFIA, Lucetta. *Contra o Cristianismo: A ONU e a União Europeia como nova ideologia*. Trad. Ruy Albino de Assunção. Campinas: Ecclesiae, 2014.

ROHINGYAS: 10 fatos sobre a maior população apátrida do mundo. Disponível em <https://www.msf.org.br/noticias/rohingyas-10-fatos-sobre-a-maior-populacao-apatrida-do-mundo/#:~:text=Anos%20de%20persegui%C3%A7%C3%A3o%20e%20viol%C3%Aancia,de%20um%20milh%C3%A3o%20de%20pessoas.&text=A%20crise%20humanit%C3%A1ria%20envolvendo%20a%20popula%C3%A7%C3%A3o%20Rohingya%20em%20Mianmar%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20recente> , acesso em 15.02.2023.

RONCOLATO, Murilo. Quem foi Caó, autor da Lei que definiu o crime de racismo no Brasil. Disponível em <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/05/Quem-foi-Ca%C3%B3-autor-de-lei-que-definiu-o-crime-de-racismo-no-Brasil> , acesso em 30.01.2023.

SANNINI, Francisco, GILABERTE, Bruno. Lei n. 14.532/23 e o combate ao racismo. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/101994/lei-14-532-23-e-o-combate-ao-racismo> , acesso em 1º.02.2023.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de ter Razão*. Trad. Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SCHUCMAN, Lia Vainer. É racismo quando um negro discrimina um branco apenas por ter nascido branco? Disponível em <https://catarinas.info/e-racismo-quando-um-negro-discrimina-um-branco-apenas-por-ter-nascido-branco/> , acesso em 11.02.2023.

SILVA, Amaury, SILVA, Artur Carlos. *Crimes de Racismo*. Leme: Mizuno, 2012.

SILVA, César Dario Mariano da. Apologia ao Nazismo e Antissemitismo. Conduta odiosa que merece severa punição. Disponível em <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/apologia-ao-nazismo-e-antissemitismo-conduta-odiosa-que-merece-severa-punicao/> , acesso em 22.02.2023.

SILVA, César Dario Mariano da. O STF e a Espada de Dâmocles: a imprescritibilidade da injúria racial. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-nov-11/cesar-dario-stf-imprescritibilidade-injuria-racial> , acesso em 15.02.2023.

SILVA, Raphael Zanon da. Crimes de Racismo. In: JORGE, Higor Vinicius Nogueira, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, GARCEZ, William (orgs.). *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador: Juspodivm, 2021.

SILVEIRA, Sidney. *Provérbios do Abismo*. Inédito, 2023.

STF decide que crime de injúria racial é imprescritível. Disponível em <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADtica/stf-decide-que-crime-de-inj%C3%BAria-racial-%C3%A9-imprescrit%C3%ADvel-1.714859> , acesso em 28.10.2021.

VAN DEN BERGHE, Pierre L. *Race and Racism: a comparative perspective*. New York: Wiley, 1967.

ZAMBONI, Alexandre. Esclarecimentos jurídicos sobre a nova Lei 14.532/23, que altera o Código Penal e também altera a Lei dos Crimes de Preconceito (7.716/89). Disponível em <https://www.instagram.com/p/CnUKTyZOJbj/> , acesso em 11.02.2023.

O QUE FAZEM OS TRIBUNAIS DE CONTAS?

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Assessor de gabinete de conselheira no TCE/PI.⁹⁸

RESUMO: Este artigo tem por objetivo demonstrar o que fazem os tribunais de contas. Órgãos auxiliares do Poder Legislativo, por eleição constitucional, no exercício do controle externo, responsáveis pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas do país quanto à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

PALAVRAS-CHAVE: O que fazem; Os TCs.

¿Qué hacen los tribunales de cuentas?

RESUMEN: Este artículo pretende demostrar lo que hacen los tribunales de cuentas. Órganos auxiliares del Poder Legislativo, por elección constitucional, en el ejercicio del control externo, encargados de la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operativa y patrimonial de los organismos y entidades públicas del país en materia de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia.

PALABRAS CLAVE: Lo que hacen; Los TCs.

What do the courts of accounts do?

ABSTRACT: This article aims to demonstrate what the courts of accounts do. Auxiliary bodies of the Legislative Power, by constitutional election, in the exercise of external control, responsible for accounting, financial, budgetary, operational and patrimonial inspection of public bodies and entities in the country in terms of legality, impersonality, morality, publicity and efficiency.

98 E-mail: benignonovo@hotmail.com

KEYWORDS: What are you doing; The TCs.

INTRODUÇÃO

Os tribunais de contas exercem uma função vital em todo o território brasileiro fiscalizando as despesas e receitas dos estados e municípios. Apesar disso, sua atuação ainda pode parecer obscura para quem não é familiarizado com o órgão, ou para aqueles que não possuem tanto conhecimento nas áreas de direito ou administração.

Os TCs são, no Brasil, por eleição constitucional, os órgãos auxiliares do Poder Legislativo no exercício do controle externo, responsáveis pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas do país quanto à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Esta pesquisa justifica-se pela extrema relevância dos tribunais de contas que assumem a responsabilidade pelo controle externo referente aos recursos estaduais e municipais relacionados aos seus entes da federação.

DESENVOLVIMENTO

A função primordial dos tribunais de contas é realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos, da Administração Pública direta e indireta, o que inclui autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Constituição Federal de 1988 define, em linhas gerais, as competências e as atribuições dos Tribunais de Contas, nos Artigos 70 e 71, ampliando consideravelmente a abrangência e o alcance dos poderes até então conferidos a tais instituições.

Da análise do disposto na Constituição, conclui-se que o exercício das atribuições e competências do Controle Externo Técnico visa a garantir o estrito respeito aos princípios fundamentais da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, traçados no Artigo 37 da mesma Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 disciplina nos artigos 70 a 75 as normas que se aplicam à determinação de competências e organização das Cortes de Contas da União, dos Estados e do Distrito Federal. Segundo a Carta Magna, os Tribunais de Contas exercem, além da **função fiscalizadora, o papel consultivo, judicante, informativo, sancionador, corretivo e normativo**, assim como parte de suas atividades assume **caráter educativo**.

Tomando-se por parâmetro o Tribunal de Contas da União pode-se dizer que são funções das Cortes de Contas: Função Fiscalizadora, Consultiva, Informativa, Judicante, Sancionadora, Corretiva, Normativa e de Ouvidoria, e em alguns casos assumem o caráter

Educativo ou Orientador, tais funções muitas vezes são chamadas ou denominadas de competências.

I. Função Fiscalizadora – aquela que compreende a realização das auditorias e inspeções, que podem ser por iniciativa própria, por requerimento do Congresso Nacional, para apuração de denúncias em órgãos e entidades federais ou em programas do governo, para apreciação da legalidade de atos de concessão de aposentadorias, reformas, pensões, admissão de pessoal no serviço público federal, fiscalização de renúncia de receitas, além de atos e contratos administrativos gerais. A fiscalização atua sobre alocação de recursos humanos e materiais, cujo objetivo é avaliar o gerenciamento dos recursos públicos, que consiste em apreender dados e informações, analisando-as a fim de produzir um diagnóstico da situação, cujo objetivo é a formação de um juízo de valor sobre a atividade analisada. Tal inspeção ou exame surge por iniciativa do próprio órgão fiscalizador ou em decorrência de uma solicitação pelo Congresso Nacional. Logo, cinco instrumentos são utilizados para fins de fiscalização, a saber:

1) Levantamento: é o instrumento com o qual o TCU utiliza para compreender o funcionamento do órgão ou entidade pública, descobrindo os meandros da sua organização, identificando os objetos e instrumentos a serem fiscalizados, avaliando as suas viabilidades de realização;

2) Auditoria: é o instrumento que permite a verificação no local, da legalidade e legitimidade dos atos de gestão, tanto em seu aspecto contábil, quanto em suas características financeiras, orçamentárias e patrimoniais, bem como os possíveis resultados que poderão ser alcançados pelo órgão, ente público, projetos e programas;

3) Inspeção: cumpre à obtenção de informações não disponíveis no Tribunal, quanto para esclarecer dúvidas acerca dos procedimentos, apura fatos trazidos ao Tribunal por meio de representações ou denúncias;

4) Acompanhamento: visa monitorar e avaliar a gestão de órgãos, entidades ou programas do governo em período de tempo estimado;

5) Monitoramento: é o instrumento utilizado para aferir o cumprimento das deliberações proferidas pelo Tribunal e seus resultados.

II. Função Consultiva – aquela exercida por meio da elaboração de pareceres técnicos prévios e específicos, sobre prestação anuais de contas emitidas pelos chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como, pelo chefe do Ministério Público da União, a fim de subsidiar o julgamento pelo Congresso Nacional, também engloba o exame, “em tese”, das consultas realizadas pelas autoridades competentes para formulá-

las, sobre dúvidas quanto à aplicação de dispositivos legais e regulamentares a respeito das matérias da alçada do Tribunal.

III. Função Informativa – é aquela exercida quando da prestação de informações reclamadas pelo Congresso Nacional, por suas Casas ou pelas Comissões, sobre a fiscalização do Tribunal, ou ainda sobre resultados de inspeções e auditorias pelo TCU, compreende ainda a representação ao poder competente sobre irregularidades ou apuração de abusos, assim como, o encaminhamento de relatório das atividades do Tribunal ao Congresso Nacional.

IV. Função Judicante – esta função ocorre quando do Tribunal de Contas da União julga as contas dos administradores públicos e outros responsáveis por dinheiro, bens, valores públicos da administração direta e indireta, incluindo das fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, assim como as contas dos que causaram prejuízos, extravios ou quaisquer outras irregularidades que venham a prejudicar o erário nacional. Através dos processos são organizados no Tribunal, as prestações de contas, fiscalizações e demais assuntos submetidos à deliberação do Tribunal. Portanto, cabe aos ministros ou auditores do Tribunal relatar esses processos, votar e submetê-los aos pares proposta de acórdão, logo após a análise e instrução preliminar realizada por órgãos técnicos da Secretaria do Tribunal. A esta função ficam os Tribunais de Contas autorizados a realizar o julgamento das contas anuais dos administradores e responsáveis pelo erário na Administração Pública.

V. Função Sancionadora – é expressa através da aplicação aos responsáveis das sanções previstas na Lei Orgânica do Tribunal, Lei nº 8.443/92, caso seja apurada a ilegalidade de despesas ou irregularidade das contas, tal função básica do Tribunal está prevista na Constituição Federal/1988, em seu artigo 71, incisos VIII a XI, que estabelece a aplicação de penalidades aos responsáveis por despesas ilegais ou por irregularidade das contas. Estas sanções estão claramente explicitadas na Lei nº 8.443/1992 e regula a aplicação de multa e obrigação de devolução do débito apurado, até o afastamento provisório do cargo, o arresto de bens, a inabilitação para exercício do cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, vale lembrar que, as penalidades não eximem o responsável das devidas aplicações das sanções penais e administrativas por autoridades competentes e da inelegibilidade pela Justiça Eleitoral, uma vez que, o TCU envia periodicamente ao Ministério Público Eleitoral uma lista de nomes de responsáveis por contas julgadas irregulares pelo TCU referente ao período de cinco anos anteriores, em resposta à Lei Complementar nº 64/1990, que versa sobre declaração de inelegibilidade. Poderá ainda o TCU, conforme artigo 71, incisos IX e X, da Constituição Federal/1988, fixar um prazo para que o órgão adote providências cabíveis ao cumprimento da lei, em caso de ilegalidade ou sustação do ato impugnado, caso descumprimento, o Tribunal comunica ao Congresso Nacional, a quem caberá adotar o ato

de sustação;

VI. Função Corretiva – Caso ocorra ilegalidade ou irregularidade nos atos de gestão de quaisquer órgãos ou entidade pública, caberá ao Tribunal de Contas fixarem o prazo para cumprimento da lei. Quando não atendido o ato administrativo, o Tribunal deverá determinar a sustação do ato impugnado, assim o Tribunal de Contas exerce sua função corretiva. Esta função autoriza aos Tribunais de Contas aplicarem sanções por ilegalidade de contas e despesas apresentadas pelos órgãos governamentais. Tais decisões sancionatórias dos Tribunais de Contas têm eficácia de título executivo, embora os Tribunais não tenham competência para executá-las, pois, caberá a execução às entidades públicas beneficiárias.

VII. Função Normativa – é aquela decorrente do poder regulamentar de competência do Tribunal atribuído pela Lei Orgânica, que lhe autoriza a expedição de instruções e atos normativos, de cumprimento obrigatório, sob pena de responsabilidade do infrator, sobre matéria de sua competência e sobre a organização dos processos que lhe serão submetidos.

VIII. Função de Ouvidoria – incumbem-se da responsabilidade do Tribunal de Contas em receber denúncias e representações relativas à irregularidade ou ilegalidade que lhe sejam comunicadas pelos responsáveis pelo controle interno, por autoridades, cidadãos, partidos políticos, associações e sindicatos. Tal função está estritamente ligada à cidadania e defesa dos interesses coletivos e difusos, sendo um meio muito eficaz de controle e colaboração entre partes interessadas, nestes termos, a fim de assegurar a averiguação de denúncias, a Constituição Federal/1988, em seu artigo 74, § 2º e o Regulamento Interno do TCU estabelece os requisitos e procedimentos para que as denúncias sejam acolhidas pelo Tribunal. O exame preliminar, que determinará o reconhecimento ou rejeição de uma denúncia é de caráter sigiloso, nos termos da Lei nº 8.443/1992/Lei Orgânica do TCU, no artigo 53, § 3º. Logo após o exame, o Tribunal ordena ou o acolhimento e a apuração da denúncia, ou caso contrário, por não preenchimento dos requisitos legais e regimentais, procede-se o seu arquivamento, decidindo, igualmente, pela manutenção ou cancelamento do sigilo, em conformidade com o artigo 55, § 1º, do mesmo dispositivo legal, em qualquer hipótese tanto o denunciante e o denunciado são informados das decisões adotadas pelo Tribunal.

Os Tribunais de Contas não são órgãos que integram a estrutura do Poder Judiciário suas competências estão definidas de forma exaustiva no art. 71 da Constituição Federal têm natureza de órgão político-administrativo.

Cumprido ressaltar que as linhas mestras que delineiam as competências do Tribunal de Contas da União e demais Tribunais de Contas encontram-se sintetizadas nos **artigos**

70 a 75 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional

e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º - O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Art. 72. A Comissão mista permanente a que se refere o art. 166, §1º, diante de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários.

§ 1º - Não prestados os esclarecimentos, ou considerados estes insuficientes, a Comissão solicitará ao Tribunal pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de trinta dias.

§ 2º - Entendendo o Tribunal irregular a despesa, a Comissão, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao Congresso Nacional sua sustação.

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

§ 1º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

II - idoneidade moral e reputação ilibada;

III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

§ 2º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;

II - dois terços pelo Congresso Nacional.

§ 3º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

§ 4º - O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros”.

Além destas previsões, as Cortes de Contas tiveram reconhecidas pelo STF, por meio da **Súmula nº 347**, a competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, daí dizer que as atribuições dos Tribunais de Contas ultrapassam as discussões sobre a legalidade no controle orçamentário, financeiro, contábil, operacional e patrimonial, baseados na sua legitimidade orgânica e no princípio da economicidade. Ademais, segundo a CF/1988, o Tribunal de Contas enquanto instituição consolidou-se no importante papel de proteção ao bem público, ficando claro que o mesmo não pertence a nenhum dos três poderes, possuindo natureza jurídica institucional autônoma e a serviço de todos os Poderes.

Os TCs são órgãos colegiados, o que significa que suas decisões são tomadas pelo voto da maioria dos seus membros. Eles possuem o Poder-Dever de julgar a regularidade da gestão dos Administradores Públicos, bem como punir em algumas hipóteses.

CONCLUSÃO

No Estado democrático de direito que vivemos é da maior importância o controle das contas públicas para resguardar a existência e manutenção do próprio Estado, a atuação dos TCs está intrinsecamente ligada aos direitos fundamentais sociais, quais sejam, o direito à saúde, educação, dentre outros. No momento em que realiza a fiscalização orçamentária e financeira, a atuação dos TCs possibilita a verificação da efetiva aplicação dos recursos, os quais deveriam ser destinados a implementação de políticas públicas estatais de garantia dos direitos fundamentais sociais. Assim, caso sejam verificadas irregularidades, a Corte possui competência para adoção das medidas cabíveis dentro dos limites de sua atuação.

Uma maior valorização das competências desses órgãos, através da atribuição de um caráter mais coercitivo às suas funções, também a legitimação desses institutos fiscalizadores para executar as sentenças que imputarem débito ou multa, promovendo assim, uma maior eficácia das suas decisões.

NOTAS E REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de fev. de 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.** Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm>. Acesso em: 12 de fev. de 2023.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União.** Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 12 de fev. de 2023.

DUTRA, Micaela Dominguez. **O Tribunal de Contas e o Verbete n. 347 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Direito Público, Ano V, n. 20 (Mar-Abr. 2008). p. 190-200.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CIBELLE MACHADO DE SOUZA ENOMOTO:

Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT; Pós-Graduada em Penal e em Processo Penal pela Faculdade Legale; Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe.⁹⁹

RESUMO: Previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, incluído pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), o acordo de não persecução é uma espécie de negócio jurídico pré-processual entre a acusação e o investigado, que possibilita a resolução da questão criminal de maneira mais célere e equitativa para todas as partes. Para o oferecimento do acordo, são exigidos alguns requisitos materiais objetivos e subjetivos. Uma vez que o acordo é cumprido, respeitadas as condições estipuladas, o juízo competente decreta a extinção da punibilidade. É evidente que o acordo de não persecução penal estabeleceu uma mudança de postura dos atores judiciários, que antes era baseada no confronto, e agora abriu-se para uma lógica negocial e estratégica. Contudo, ainda há um debate na doutrina se o acordo trata de um direito subjetivo do acusado ou de uma atuação discricionária dispensada ao membro do Ministério Público. Com o objetivo de esclarecer essa questão, o texto procura demonstrar que o acordo de não persecução penal é, de fato, discricionariedade do Ministério Público que, analisando o preenchimento dos requisitos objetivos, poderá dar início à solução consensual.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Direito subjetivo. Discricionariedade. Ministério Público.

1. Surgimento do acordo de não persecução penal (ANPP) e a Lei nº 13.964/2019

O acordo de não persecução penal (ANPP) é uma espécie de negócio jurídico pré-processual entre a acusação e o investigado, que possibilita a resolução da questão criminal de maneira mais célere e equitativa para todas as partes. Existe um debate na doutrina se o acordo trata de um poder-dever do Ministério Público ou de um direito público subjetivo do acusado. Esse artigo visa esclarecer a questão discutida pela doutrina.

Prefacialmente, fazendo um breve histórico acerca do instituto do acordo de não persecução penal (ANPP), cumpre salientar que a Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017 (com alterações promovidas pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018), foi editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício da competência fixada no art. 130-A, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, com a finalidade de dispor sobre

⁹⁹ E-mail: cibellemachado@hotmail.com

instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

Dentre as inovações trazidas constou o acordo de não persecução penal (ANPP), destinado a solucionar de forma mais célere situações que envolvam crimes de pequeno e médio potencial ofensivo. De acordo com Aury Lopes (2021), trata-se de um verdadeiro “desentulhamento” da justiça criminal brasileira, o que requer uma postura diferente dos atores judiciários, antes baseada no confronto, que agora precisam abrir-se para uma lógica negocial e estratégica.

Inovando no Processo Penal, a mais recente Lei nº 13.964 de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, inseriu o chamado acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal, mais precisamente no art. 28-A, senão vejamos:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (BRASIL, 1941).

De fato, o instituto do acordo de não persecução penal (ANPP) é um instrumento de ampliação do espaço negocial na forma de um acordo celebrado entre o Ministério Público e o investigado, firmado, em regra, antes do início da ação penal, e homologado judicialmente, devendo o juiz designar uma audiência para verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade (art. 28-A, §4º, CPP). Esse acordo somente é permitido para certos tipos penais e obriga o investigado a preencher determinados requisitos. Uma vez que o acordo é cumprido, o juízo competente decreta a extinção da punibilidade. De igual forma entende Renato Brasileiro:

Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente – pelo menos em regra, pelo juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, inciso XVII, incluído pela Lei n. 13.964/19) –, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida (2020, p. 272).

Cabe destacar que o ANPP se diferencia da transação penal e da suspensão condicional do processo, outros institutos de negociação existentes no ordenamento jurídico brasileiro, que não exigem a confissão. Contudo, como os outros institutos, a aceitação e cumprimento do acordo não causam reflexos na culpabilidade do investigado, isto é, não gera reincidência ou maus antecedentes, registrando-se apenas para o fim de impedir um novo acordo no prazo de 5 anos (art. 28-A, § 2º, inciso III).

2.Pressupostos e requisitos do acordo

O *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal evidencia o primeiro pressuposto jurídico para o cabimento do acordo de não persecução penal, qual seja, que não seja caso de arquivamento ou, a contrario sensu, que exista nos autos da investigação penal (em sentido lato) prova da materialidade e indícios de autoria ou participação. O segundo pressuposto é a existência de confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal pelo agente.

Em seguida, o dispositivo enumera os requisitos materiais objetivos do instituto, a saber: a) que não se trate de infração praticada com violência ou grave ameaça; b) que a pena mínima cominada no tipo seja inferior a 4 (quatro) anos (consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis); c) que não seja cabível a transação penal, nos termos da lei; d) que não seja caso de crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Acerca dos requisitos materiais objetivos do acordo de não persecução penal, observa-se o teor dos Enunciados do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). O Enunciado n. 29 estabelece que para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o art. 28-A, devem ser consideradas as causas de diminuição e aumento aplicáveis ao caso concreto. Já o Enunciado n. 23 fixa que cabe o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, porquanto, nos delitos desta natureza, a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pelo agente, apesar de previsível.

Há, ainda, requisitos materiais subjetivos, consistentes em: a) que o investigado não seja reincidente; b) inexistência de elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; c) que o investigado não tenha sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; d) que a celebração do acordo atenda ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

3. Formalidades do ANPP

Há que se observar, ainda, como requisito formal ou procedimental, a formalização por escrito do acordo, o qual deverá ser firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor, com a qualificação completa do primeiro. Cumprida essa exigência, abre-se a possibilidade de ajustar, com o agente, a barganha processual, mediante as condições previstas nos incisos do caput, do art. 28 –A, do CPP, a serem ajustadas de maneira alternativa ou cumulativa. No acordo, deverá ser estipulado, de modo claro, as condições a serem cumpridas, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento. Saliente-se que a confissão formal e circunstanciada deverá ser registrada em termo próprio, pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, com o intuito de preservar a fidedignidade e transparência das informações colhidas para evitar posterior nulidade.

Atendidos os requisitos legais e depois de celebrado, por escrito, o acordo será submetido à homologação judicial, a fim de que, com a chancela do Poder Judiciário, seja ele devolvido ao Ministério Público e, na sequência, encaminhado ao juízo da execução penal (art. 28-A, §6.º). A vítima deverá ser intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento, pelo juízo competente, ainda que não exista dano ou bens a restituir, bem como nas hipóteses de impossibilidade.

4.Descumprimento das condições do ANPP

Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia (art. 28-A, § 10). O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo (art. 28-A, § 11).

Sobre o tema, eis o teor do Enunciado n. 27 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo) ".

Ainda, conquanto a execução do acordo seja feita perante o juízo da execução penal, nos termos do artigo 28-A, §6º, in fine, do CPP, a rescisão do acordo é da competência do juízo competente para a homologação:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A, § 6.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APLICAÇÃO DAS REGRAS ATINENTES À EXECUÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA. CUMPRIMENTO. JUÍZO QUE HOMOLOGOU O ACORDO. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITADO.

1. O art. 28-A, § 6.º, do Código de Processo Penal, ao determinar que o acordo de não persecução penal será executado no juízo da execução penal, implicitamente, estabeleceu que o cumprimento das condições impostas no referido acordo deverá observar, no que forem compatíveis, as regras pertinentes à execução das penas.

2. Segundo pacífica orientação desta Corte Superior, a competência para a execução das penas é do Juízo da condenação. No caso

específico de execução de penas restritivas de direitos, em se tratando de condenado residente em jurisdição diversa do Juízo que o condenou, também é sedimentada a orientação de que a competência para a execução permanece com o Juízo da condenação, que deprecará ao Juízo da localidade em que reside o apenado tão-somente o acompanhamento e a fiscalização do cumprimento da reprimenda.

3. Em se tratando de cumprimento das condições impostas em acordo de não persecução penal, a competência para a sua execução é do Juízo que o homologou, o qual poderá deprecar a fiscalização do cumprimento do ajuste e a prática de atos processuais para o atual domicílio do Apenado. 4. Conflito conhecido para declarar competente o JUÍZO FEDERAL DA 1.^a VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SJ/SP, o Suscitado. (CC n. 192.158/MT, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 9/11/2022, DJe de 18/11/2022.)

5. Aplicação do ANPP a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019

O acordo de não persecução penal, por possuir como intuito impedir a judicialização criminal, e, ainda, considerando a limitação imposta pelo legislador ao usar o termo “investigado”, tem cabimento até o oferecimento da peça acusatória, desde que não seja caso de arquivamento. Em outra análise, as normas que tratam sobre o ANPP possuem natureza híbrida, ou seja, são normas de direito processual penal que, no entanto, também apresentam efeitos materiais.

Assim, a Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal, é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. As leis híbridas, como possuem reflexos penais, recebem o mesmo tratamento que as normas penais no que tange à sua aplicação no tempo. Logo, as normas híbridas não retroagem, salvo se para beneficiar o réu. De igual modo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 28-A DO CPP (ANPP). DENÚNCIA RECEBIDA. IMPOSSIBILIDADE. READEQUAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

1. A decisão agravada revela-se consentânea com a jurisprudência deste Superior Tribunal, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. Quanto à aplicação do ANPP, a jurisprudência desta Corte firmou compreensão de que, considerada a natureza híbrida da norma e diante do princípio *tempus regit actum* em conformação com a retroatividade penal benéfica, o acordo de não persecução penal incide aos fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019 desde que ainda não tenha ocorrido o recebimento da denúncia (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 1.319.986/PA, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 18/5/2021, DJe 24/5/2021).

3. Caso em que não há nenhuma ilegalidade na substituição da pena privativa de liberdade realizada pela autoridade judiciária que, dentro dos limites da discricionariedade que lhe é conferida pela legislação penal e após proceder à análise das particularidades do caso concreto, decidiu pela imposição de duas penas restritivas de direitos (art. 44, § 2º, do CP).

4. Conforme a jurisprudência, inexistente direito subjetivo do réu em optar, na substituição da pena privativa de liberdade, se prefere duas penas restritivas de direitos ou uma restritiva de direitos e uma multa. E, se ao tipo penal é cominada pena de multa cumulativa com a pena privativa de liberdade substituída, não se mostra socialmente recomendável a aplicação. 5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 642.819/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 17/11/2022.)

Então, a norma que instituiu o ANPP não retroage, salvo se for para beneficiar o réu. Desse modo, uma vez que o ANPP beneficia o acusado, pode ser aplicado para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que ainda não tenha sido recebida a denúncia. No mesmo sentido é a lição de Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 276): “o acordo pode ser celebrado durante a fase investigatória, tendo como limite temporal o oferecimento da denúncia”.

6. Recusa do Ministério Público em propor o acordo de não persecução penal

Ressalte-se que o legislador previu mecanismo de controle no âmbito do próprio Ministério Público, ao estabelecer no artigo 28-A, § 14, do CPP: “No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”. Nesses casos, a instância de revisão ministerial poderá adotar as seguintes providências: a) oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; b) complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; c) reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; d) manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

Portanto, a última palavra sobre o cabimento ou não do ANPP no caso concreto caberá ao Procurador-Geral de Justiça. Nesse sentido, os recentes acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Acerca do acordo de não persecução penal, trata-se de uma discricionariedade do Ministério Público, eis que o artigo 28-A do Código de Processo Penal dispõe que: “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...)”. Ou seja, trata-se de um dispositivo legal não vinculante, não devendo o Poder Judiciário interferir na obrigatoriedade de sua aplicação. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2026314-51.2020.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Sale Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Piracicaba - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 05/04/2020; Data de Registro: 05/04/2020).

7. ANPP: discricionariedade do Ministério Público

O acordo de não persecução penal é resultado de convergência de vontades, com necessidade de participação ativa das partes, portanto, no entendimento de Renato Brasileiro (2020), não parece correta a assertiva de que se trata de direito subjetivo do acusado, sob pena de se admitir a possibilidade de o juiz determinar sua realização de ofício, o que, aliás, lhe retiraria sua característica mais essencial, qual seja, o consenso.

Em análise, verifica-se que a avaliação da pertinência e cabimento do acordo aventado deve ser feita caso a caso e a avaliação, no tocante à necessidade e suficiência do acordo em face do caso concreto, é privativa do Ministério Público, por exercer a

titularidade exclusiva da ação penal, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal. É preciso sublinhar, na esteira do Enunciado n.º 21, PGJ –CGMP –Lei n.º 13.964/19:

A proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime. Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado (PASSOS, et all, 2020, p. 03).

Inferre-se, pois, que o Ministério Público tem o poder-dever de avaliar a admissibilidade de celebração de acordo com o fim de impedir a instauração de persecução penal. Dessa forma, não se trata de direito subjetivo do acusado, mas de uma discricionariedade do Ministério Público, e, ainda assim, não se trata de absoluta liberdade discricionária, posto que há requisitos que deverão ser necessariamente observados, sob pena inclusive de recusa judicial à homologação do acordo (CPP, art. 28-A, §7º).

Sobre o assunto, eis o teor do Enunciado n. 19 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto”. Portanto, a avaliação para aplicação do referido acordo é discricionária do Ministério Público, devendo ser observada a necessidade e a suficiência para reprovação e prevenção do crime, sem descurar-se da necessária fundamentação em caso de recusa.

Pode-se dizer, então, que o ANPP é uma exceção ao princípio da obrigatoriedade, o qual estabelece que, havendo justa causa e estando preenchidos todos os requisitos legais, o membro do Ministério Público é obrigado a oferecer a denúncia. Entender o ANPP como obrigatoriedade seria o mesmo que “estabelecer-se um autêntico princípio da obrigatoriedade às avessas.” (CUNHA, Rogério Sanches et al., p. 123).

De fato, segundo o entendimento de Renato Brasileiro (2020), o acordo guarda relação muito próxima com o princípio da oportunidade, que deve ser compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, razão pela qual permite-se ao Ministério Público que estipule regras de seleção, consoante a política criminal adotada pela instituição. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO MEDIANTE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DA

CONDUTA. CONDENAÇÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO A SER AFERIDA, EXCLUSIVAMENTE, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, COMO TITULAR DA AÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - In casu, o acórdão recorrido invocou fundamentos para manter a inaplicabilidade do art. 28-A do CPP, na redação dada pela Lei nº 11.964/2019, que não comportam qualquer censura por parte deste Sodalício, seja pela pena efetivamente aplicada na sentença condenatória, superior a 4 (quatro) anos, seja em face da gravidade concreta da conduta, dada a grande quantidade de droga apreendida, tratando-se de mais de 3 (três) quilos de cocaína pura com destino internacional, o que poderia inclusive obstar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, servindo para lastrear a fixação da causa de redução em seu patamar mínimo legal, como feito pela sentença condenatória. II - Afere-se da leitura do art. 28-A do CPP, que é cabível o acórdão de não persecução penal quando o acusado confessa formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, consideradas eventuais causas de aumento e diminuição de pena, na forma do § 1º do mesmo artigo, a critério do Ministério Público, desde que necessário e suficiente para reprovação do crime, devendo ser levada a gravidade da conduta, como no presente caso, em que a agravante foi presa com mais de 3kg de cocaína pura com destinação internacional, o que levou ao Parquet a, de forma legítima, recusar a proposta haja vista a pretensão de condenação a pena superior a 4 anos como, de fato, ocorreu no édito condenatório, que condenou a agravante à pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em face da incidência da minorante do tráfico privilegiado em seu patamar mínimo legal que, ao contrário do alegado pela defesa, deve ser considerado na possibilidade de aferição dos requisitos para a proposta pretendida pela combativa defesa. III - Outrossim, como bem asseverado no parecer ministerial, "O acordo de persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo MPF conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal", não podendo prevalecer neste caso a interpretação dada a outras benesses legais que, satisfeitas as exigências legais, constitui direito subjetivo do réu, tanto que a

redação do art. 28-A do CPP preceitua que o Ministério Público poderá e não deverá propor ou não o referido acordo, na medida em que é o titular absoluto da ação penal pública, ex vi do art. 129, inc. I, da Carta Magna. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no RHC: 130587 SP 2020/0174088-9, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 17/11/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/11/2020).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE. 1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição. 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público "poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições". 3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.464-AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020). 4. Agravo Regimental a que nega provimento. (STF - HC 191124 AgR/RO, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 08/04/2021, Primeira Turma, Data de Publicação DJe 13/04/2021).

E outro não é o entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2020), quando afirma que o acordo de não persecução penal, introduzido pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso (devidamente assistido por seu defensor), o qual confessa formal e circunstanciadamente a prática o delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida.

Sob a ótica do sistema acusatório, a lei não permite que o judiciário obrigue o Ministério Público, titular da ação penal, a propor o acordo de não persecução penal, tendo em vista que, nessa circunstância, a atuação do Parquet transcenderia os limites estabelecidos pela Constituição Federal e o próprio sistema acusatório, devendo este atuar como órgão equidistante, com o intuito de controlar a legalidade e voluntariedade, além de homologar o acordo quando firmado entre as partes. Sobre o tema:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP. PLEITO DE REALIZAÇÃO DO ACORDO. NÃO CABIMENTO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FACULDADE DO PARQUET. RECUSA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código Penal, implementado pela Lei n. 13.964/2019, indica a possibilidade de realização de negócio jurídico pré-processual entre a acusação e o investigado. Trata-se de fase prévia e alternativa à propositura de ação penal, que exige, dentre outros requisitos, aqueles previstos no caput do artigo: 1) delito sem violência ou grave ameaça com pena mínima inferior a 4 anos; 2) ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a infração; e 3) suficiência e necessidade da medida para reprovação e prevenção do crime. Além disso, extrai-se do §2º, inciso II, que a reincidência ou a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional afasta a possibilidade da proposta.

2. A Corte de origem entendeu que a negativa do Ministério Público Federal em ofertar a proposta de ANPP estava devidamente fundamentada. Consoante se extrai dos autos, a denúncia foi recebida pelo juízo de primeiro grau em abril de 2017. De fato, "o acordo de não persecução penal (ANPP) previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, terá aplicação somente nos procedimentos em curso até o recebimento da denúncia (ARE 1294303 AgRED, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/4/2021).

3. Além do mais, o acordo pretendido deixou de ser ofertado ao recorrente em razão do Ministério Público ter considerado que a celebração do acordo, no caso concreto, não seria suficiente para a reprovação e prevenção do crime, pois violaria o postulado da proporcionalidade em sua vertente de proibição de proteção

deficiente, destacando que a conduta criminosa foi praticada no contexto de uma rede criminosa envolvendo vários empresários do ramo alimentício e servidores do Ministério da Agricultura.

4. Esta Corte Superior entende que não há ilegalidade na recusa do oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal quando o representante do Ministério Público, de forma fundamentada, constata a ausência dos requisitos subjetivos legais necessários à elaboração do acordo, de modo que este não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência em face do caso concreto.

5. De acordo com entendimento já esposado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal é conferida exclusivamente ao Ministério Público, não constituindo direito subjetivo do investigado.

6. Cuidando-se de faculdade do Parquet, a partir da ponderação da discricionariedade da propositura do acordo, mitigada pela devida observância do cumprimento dos requisitos legais, não cabe ao Poder Judiciário determinar ao Ministério Público que ofereça o acordo de não persecução penal.

7. Recurso não provido.

(STJ. RHC n. 161.251/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/05/2022, DJe de 16/05/2022).

Com efeito, o controle do Poder Judiciário quanto à oferta de acordo de não persecução penal deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos para seu cabimento, isto é, a decisão do magistrado é ato judicial de natureza declaratória, não sendo permitido que o Juízo analise o mérito/conteúdo do acordo para decidir-se acerca da remessa do caso ao órgão superior do Ministério Público, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório, consoante jurisprudência:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REMESSA À INSTÂNCIA REVISORA. REQUERIMENTO TEMPESTIVO DA DEFESA. EXAME DE MÉRITO PELO MAGISTRADO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Embora seja incontestável a natureza negocial do acordo de não persecução penal, o que afasta a tese de a propositura do acordo consistir direito subjetivo do investigado, a ele foi assegurada a possibilidade de, em caso de recusa, requerer a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, nos termos do at. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal, no prazo assinalado para a resposta à acusação (art. 396 do CPP).

3. Neste caso, o Ministério Público deixou de propor o acordo de não persecução criminal. Tempestivamente, a defesa apresentou pedido de remessa dos autos à instância revisora, mas teve seu pleito negado pelo magistrado de primeiro grau, com base nos mesmos fundamentos apresentados pelo órgão acusador.

4. O controle do Poder Judiciário quanto à remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público.

5. Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que não se tratando de hipótese de manifesta inadmissibilidade do ANPP, a defesa pode requerer o reexame de sua negativa, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal (CPP) (2), não sendo legítimo, em regra, que o Judiciário controle o ato de recusa, quanto ao mérito, a fim de impedir a remessa ao órgão superior no MP. (HC n. 194.677/SP, julgado em 11 de maio de 2021.

Informativo n. 1017).

6. Ordem concedida de ofício para determinar a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal.

(HC n. 668.520/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021).

De tal sorte, percebe-se que se estará sempre diante de uma discricionariedade balizada ou oportunidade regrada por parte do membro do Ministério Público, isto é, um poder-dever do Parquet, que deve avaliar a necessidade e a suficiência do acordo para reprovação e prevenção do crime, bem como o preenchimento dos requisitos listados pelo art. 28-A, caput e parágrafos do CPP, com redação dada pela Lei nº 13.964/19, e, se entender cabível, oferecer o acordo de não persecução penal ao investigado.

8.Referências bibliográficas

BRASIL. Código de Processo Penal. Artigo 28-A da Lei 13964/2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/250911827/artigo-28a-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>> Acesso em: 28/01/2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181 de 07 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.** Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 31/01/2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS:** AgRg no HC 642819 / SC 2021/0029501-2. Agravante: Wagner Steudel. Agravados: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 14 de novembro de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100295012&t_publicacao=17/11/2022>. Acesso em: 03/02/2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORIGINÁRIO EM HABEAS CORPUS:** AgRg no RHC 130587 SP 2020/0174088-9. Agravante: Beatriz Coromoto Gomez Gonzales. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Felix Fischer, 17 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1131203897/agravo-regimental-no-recurso-ordinario-em-habeascorp-us-agrg-no-rhc-130587-sp-2020-0174088-9/inteiro-teor-1131203927>>. Acesso em: 03/02/2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **CONFLITO DE COMPETÊNCIA:** CC 192.158/MT 2022/0316618-6. Suscitante: Juízo Federal da 5ª Vara Criminal com Juizado Especial Federal Criminal Adjunto de Cuiabá -SJ/MT. Suscitado: Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de São Paulo - SJ/SP. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 09 de novembro de 2022.

Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203166186 & dt_publicação=18/11/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203166186&dt_publicacao=18/11/2022)>. Acesso em: 04/02/2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HABEAS CORPUS:** HC 668520 / SP 2021/0156468-5. Impetrante: Danilo Pimenta Serrano. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 10 de agosto de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101564685&dt_publicacao=16/08/2021>. Acesso em: 04/02/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS:** RHC 161.251 / PR 2022/0055409-2. Recorrente: Jose Nilson Sacchelli Ribeiro. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 10 de maio de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200554092&dt_publicacao=16/05/2022>. Acesso em: 03/02/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal(1. Turma). **AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS:** HC 191124 AgR / RO. Agravante: Leri Souza e Silva. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 08 de abril de 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur444020/false>>. Acesso em: 04/02/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A competência para a execução do acordo de não persecução penal é do Juízo que o homologou.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1330fef5fe4f742c1918c585c2da13b3>>. Acesso em: 02/02/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal é conferida exclusivamente ao Ministério Público, não cabendo ao Poder Judiciário determinar ao Parquet que o oferte.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/570320a43e5d968459b6342c01498b81>>. Acesso em: 28/01/2023.

CUNHA, Rogério Sanches et al. (org.). **Acordo de não persecução penal.** Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 123. Acesso em 03/02/2023.

LIMA. Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal - volume único.** 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. Acesso em 28/01/2023.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Acesso em 28/01/2023.

Ministério Público de São Paulo - **ENUNCIADOS PGJ-CGMP – LEI 13.964/19, p. 03**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/%21PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2656840.PDF> Acesso em: 03/02/2023.

MPSC, Manual de Orientação: **O acordo de não persecução penal na Lei Anticrime (Lei 13964/19)**. Janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2021/01/MPSC-Manual.-ANPP-na-Lei-Anticrime.pdf>>. Acesso em: 04/02/2023.

PASSOS, Paulo Cezar et al. (org.) GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM) COMISSÃO ESPECIAL: **ENUNCIADOS INTERPRETATIVOS DA LEI ANTICRIME (Lei nº 13.964/2019).2020**. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf> Acesso em 028/01/2023.

THIAGO, Camila Martins. Acordo de não persecução penal: um direito ilícido e incerto. **DireitoNet**, 2021. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/12186/Acordo-de-nao-persecucao-penal-um-direito-ilicido-e-incerto>>. Acesso em: 03/02/2023.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas Corpus Criminal: 2026314-51.2020.8.26.0000 SP**, Relator: Souza Ricardo Sale Júnior, Data de Julgamento: 05/04/2020, 15ª Câmara de Direito Criminal. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/888875187>>. Acesso em: 03/02/2023.

VITAL, Danilo. **Controle do Juiz sobre Oferta de ANPP deve se limitar aos requisitos objetivos, diz STJ**. Revista Consultor Jurídico, 17 de agosto de 2021. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-17/controla-juiz-oferta-anpp-limita-requisitos-objetivos>>. Acesso em: 03/02/2023.

O *JUS POSTULANDI* NA JUSTIÇA DO TRABALHO

PAULO FERNANDES MEDEIROS JÚNIOR:

Bacharelo em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Pós-graduada em Direito Processual do Trabalho. Oficial de Justiça Avaliador Federal do Egrégio TRT 2 Região ¹⁰⁰

RESUMO: O *jus postulandi*, ou seja, conceder capacidade postulatória as partes de pleitear em juízo seus interesses sem a necessidade de estar assistido por um advogado, foi criado com o objetivo de permitir o acesso à Justiça às classes menos abastadas. A Consolidação das Leis Trabalhistas consagrou o referido preceito em seu artigo 791. No entanto, apesar do que objetivava o legislador ao criar o princípio em comento, há grande divergência por parte da doutrina se o instituto tem atingido sua finalidade, dada a complexidade atual do Processo do Trabalho. Existe ainda um conflito de ordem jurídica com a Constituição federal e com o texto do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo o objetivo da pesquisa analisar as aludidas situações. Resta claro o intuito protetivo do legislador, porém tal instituto hoje em dia tem se caracterizado por inúmeras vezes aumentar as desigualdades processuais e permitir um “falso” acesso à justiça. Como procedimento, serve-se do método de abordagem dedutivo. A técnica de pesquisa é bibliográfica, sendo utilizados a doutrina e o amparo legal. Como resultado, chega-se à conclusão de que, na maioria dos casos, o *jus postulandi* tem sido um malefício do Direito Processual do Trabalho aumentando as desigualdades processuais, sendo necessária uma revisão do instituto em questão o mais breve possível.

Palavras-Chave: Acesso à Justiça. *Jus postulandi*. Desigualdades processuais.

1 INTRODUÇÃO

O instituto do *jus postulandi*, tal qual instituído nos anos 1940, dispõe sobre o direito que possui a parte de praticar todos os atos processuais necessários ao início e ao andamento do processo na Justiça do Trabalho, sem a assistência por advogado.

Verifica-se que a criação deste instituto teve como finalidade precípua de facilitar o acesso dos sujeitos da relação de emprego (empregado e empregador) ao Poder Judiciário sem que fosse necessária a assistência por advogado e por corolário o pagamento de honorários advocatício, o que muitas vezes acaba sendo um óbice para as partes reclamarem direitos que lhe foram suprimidos no curso do pacto laboral.

100 E-mail: paulofermedeiros@gmail.com

Hodiernamente, o instituto do *jus postulandi* está previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas, promulgada em 1º de maio de 1943, que dispõe em seu art. 791 que “os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar suas reclamações até o final”.

Impende ressaltar, várias transformações foram introduzidas durante esse largo lapso temporal no ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Emenda Constitucional nº 45/2004 que ficou conhecida como a reforma do Poder Judiciário e o Estatuto da Advocacia, que alteraram profundamente os alicerces do arcabouço jurídico brasileiro nos últimos 22 anos.

As controvérsias a respeito acerca do tema cingem-se basicamente na seguinte indagação: o *jus postulandi* tem alcançado sua finalidade no campo prático ou tem agravado ainda mais as desigualdades processuais?

Discute-se ainda a constitucionalidade de tal norma frente o art. 133 da nossa Lei Magna, onde esta declarou como obrigatória a presença do advogado nos processos judiciais.

Ademais, o advento do Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994 que em seu artigo 1º, com clara redação, dispõe que é atividade privativa de advocacia “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”.

Em decorrência destas mudanças, a doutrina e os tribunais pátrios passaram a questionar a validade contemporânea do instituto do *jus postulandi*, tendo em vista que muitas dessas alterações confrontam-se diretamente com a essência deste, ao atribuir ao advogado o adjetivo de função essencial à administração da justiça e a exclusividade da capacidade postulatória.

Diante da importância do instituto acima citado e das alterações vivenciadas pelo ordenamento jurídico brasileiro mostra-se de essencial relevância a reflexão acerca dos efeitos sociais e jurídicos provenientes destas mudanças legislativas no instituto do *jus postulandi*.

A problemática desta produção se constituirá no seguinte questionamento: as alterações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro decorrente da promulgação da Constituição de 1988 e do Estatuto da Advocacia alteraram ou até mesmo chegaram a revogar o instituto do *jus postulandi*?

Desta forma, tem-se como objetivo geral a análise do instituto em apreço, e especificamente indicar o conceito, evolução legislativa, aplicabilidade, limites e conflitos com a legislação pátria superveniente a sua vigência; e, por fim, estabelecer uma crítica à

estrutura do instituto do *jus postulandi* diante da atual conjuntura social e jurídica da sociedade brasileira.

Insta ressaltar que será utilizado como método uma pesquisa bibliográfica, na medida em que se utilizará a doutrina que versa sobre a temática, para fundamentar as colocações e entendimentos expostos no presente trabalho, estabelecendo, assim, críticas no decorrer do texto e apontando sinteticamente as transformações e efeitos do *jus postulandi* diante das mudanças legislativas ocorridas desde de sua vigência até o presente momento.

2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

Direito do Trabalho pode ser conceituado como o ramo do Direito que vai regular as relações entre o empregado e o empregador, tendo como característica fundamental o trabalho subordinado, sendo este ligado a um conjunto de princípios, normas e instituições referentes à organização e produção do trabalho, dando enfoque fundamental na melhoria da condição social do trabalhador.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2003, p. 54), o Direito do Trabalho pode ser assim conceituado:

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas.

Ao examinarmos a evolução histórica do Trabalho, percebe-se que seu início estava intrinsecamente ligado ao escravo, onde imperava a desvalorização do labor, cabendo àquele, que era considerado coisa, todo o trabalho braçal. Já o homem livre, os da sociedade, que dirigiam as coisas da cidade, apenas cuidavam dos negócios com as palavras, o que não era considerado uma forma de trabalho.

Nas palavras do escol doutrinador Sérgio Pinto Martins (2004, p. 196):

A primeira forma de trabalho foi a escravidão, em que o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito, muito menos trabalhista. O escravo, portanto, não era considerado sujeito de direito, pois era propriedade do dominus. Nesse período, constatamos que o trabalho do escravo continuava no tempo, até de modo indefinido, ou mais precisamente até o momento em que o

escravo vivesse ou deixasse de ter essa condição. Entretanto, não tinha nenhum direito, apenas o de trabalhar.

Na Grécia, Platão e Aristóteles entendiam que o trabalho tinha sentido pejorativo. Envolveia apenas a força física. A dignidade do homem consistia em participar dos negócios da cidade por meio da palavra. Os escravos faziam o trabalho duro, enquanto os outros poderiam ser livres. O trabalho não tinha o significado de realização pessoal. As necessidades da vida tinham características servis, sendo que os escravos é que deveriam desempenhá-las, ficando as atividades mais nobres destinadas às outras pessoas, como a política.

Tal entendimento iniciou-se com a criação do mundo, uma vez que o trabalho era considerado desonroso. Porém, em Roma, por volta de 284 a.C., houve uma mudança na forma de contratação da mão-de-obra, com as pessoas alugando suas energias ou resultado de trabalho em troca de pagamento. Posteriormente, surge o Feudalismo, onde considerava o trabalho uma forma de castigo. O senhor feudal oferecia a seus servos, além de trabalho, proteção política e militar, no afã daqueles prestarem serviços na sua terra. Os servos tinham de entregar parte da produção rural aos senhores feudais em troca da proteção que recebiam e do uso da terra.

Em outro momento, surgem as corporações de ofício que tinham sua formação composta pelo mestre, que era quem dominava toda a técnica de determinado trabalho, o companheiro, que já tinha conhecimento sobre o ofício e recebia salário do mestre, mas, para se tornar mestre, deveria passar por uma prova, comprovando sua capacidade e os aprendizes que, em geral, eram pessoas entre 12 e 14 anos que pagavam para que os mestres os ensinassem o ofício.

A jornada de trabalho nas corporações de ofício era desgastante, chegando até a 18 horas no verão; porém, na maioria das vezes, terminava com o pôr-do-sol, por questão de qualidade de trabalho e não por proteção aos aprendizes e companheiros.

No ano de 1791, com a Revolução Francesa, houve o fim das corporações de ofício e, logo após, com a revolução industrial, o trabalho foi transformado em emprego, com os trabalhadores passando a trabalhar em troca de salários.

Com a revolução industrial, o homem começou a ser substituído pela máquina, passando a ter que aprender a operar o equipamento para que pudesse se manter no mercado de trabalho, porém, com isso os empregadores, os exploravam e passaram a contratar mulheres e menores para fazer os trabalhos, já que os faziam por mais tempo e com salários muito mais baixos. Diante de tal situação de exploração, o Estado, reconhecendo a desigualdade de poder existente entre patrão e empregado se viu

obrigado a intervir nas relações trabalhistas, visando o bem-estar social e as melhorias nas condições de trabalho.

Em muitas regiões da Europa, os trabalhadores se organizaram para lutar por melhores condições de trabalho. Os empregados das fábricas formaram as *trade unions* (espécie de sindicatos) com o objetivo de melhorar as condições de trabalho dos empregados. Houve também movimentos mais violentos como, por exemplo, o ludismo. Também conhecidos como "quebradores de máquinas", os ludistas invadiam fábricas e destruíam seus equipamentos numa forma de protesto e revolta com relação à vida dos empregados. O cartismo foi mais brando na forma de atuação, pois optou pela via política, conquistando diversos direitos políticos para os trabalhadores.

É a partir do término da primeira guerra mundial que as Constituições dos países começam a tratar do direito do trabalho, iniciando pela do México em 1917, posteriormente pela de Weimar de 1919, no mesmo ano, surgindo o Tratado de Versailles e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) expedindo convenções e recomendações visando proteger as relações entre empregados e empregadores.

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento (2001, p.33):

A constituição de Weimar observou novas idéias decorrentes dos princípios que eram institucionalizados, inclusive a intervenção do Estado na defesa dos trabalhadores. Para Mário de La Cueva, representa não só o intervencionismo estatal, mas também um socialismo de Estado e, em conseqüência, a possibilidade de melhorar coletivamente as condições de vida dos homens. Em seu tempo foi o direito mais avançado da Europa.

Em 1927, na Itália surge a *Cartal Del Lavoro*, instituindo um sistema corporativista-facista com o Estado interferindo nas relações entre pessoas, determinando o que seria melhor para cada um e a produção nacional, modelo este que foi adotado por outros países como Portugal, Espanha e Brasil.

Sobre a influência do corporativismo empreendido na *Cartal Del Lavoro* no Direito do Trabalho, assim dispõe Amauri Mascaro Nascimento (2001, p.35):

A influência do corporativismo no direito do trabalho prende-se ao próprio tipo de estrutura político-social de que se reveste o Estado. Segundo o princípio corporativo econômico da Carta Del Lavoro italiana "Il complesso della produzione é unitario dal punto di vista nazionale...". Por força dessa proposição que contém um princípio de

integração dos fins econômica estatal, o que importa na responsabilidade pública dos empreendedores, na colaboração, institucionalmente assegurada, entre categoria profissional e econômica e a estruturação jurídica de órgãos que permitam a realização destes fins.

No Brasil, havia leis ordinárias que tratavam do trabalho, tais como as da organização dos sindicatos rurais (1903) e urbanos (1907), profissões e trabalhos das mulheres (1932), salário mínimo (1936), Justiça do Trabalho (1939), etc.

Em 1º/05/1943, com o Decreto-lei nº 5.452, foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que reuniu as leis esparsas existentes na época, não sendo um código.

A Constituição de 1946 restabeleceu o direito de greve, rompendo de certa forma, com o corporativismo da Carta de 1937, apresentando um rol de direitos trabalhistas superior àqueles das Constituições anteriores.

A Constituição de 1967 manteve os direitos trabalhistas previstos nas Constituições anteriores e passou a prever o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que havia criado pela Lei 5.107, de setembro de 1966.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988, tratando dos “Direitos Sociais” (art. 6º), regula de forma particular a matéria pertinente ao Direito do Trabalho nos arts. 7º a 11, tratando os direitos trabalhistas como Direitos sociais e Garantias Fundamentais.

3 A JUSTIÇA DO TRABALHO E O “JUS POSTULANDI”

O *jus postulandi* surgiu através no Decreto nº 1.237 baixado pelo então Presidente Getúlio Vargas, em 02 de maio de 1939, que em seu artigo 42 previa que: “O reclamante e o reclamado deverão comparecer pessoalmente à audiência, sem prejuízo do patrocínio de sindicato ou de advogado, provisionado ou solicitador, inscritos na Ordem dos Advogados.”

Depois houve a promulgação do Decreto Lei nº 6.596 de 12 de dezembro de 1940, que regulamentou a Justiça do Trabalho, confirmando essa livre capacidade postulatória das partes, conforme artigo 90: “Os empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”

Por último, o Decreto Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943, estabeleceu a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT (BRASIL, 2010, p. 741), que nos seus artigos 791 e 839 acolheu o preceito adotado anteriormente, e manteve o *jus postulandi* na legislação atual e vigente, *in verbis*:

Art. 791 – Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

[...]

Art. 839 – A reclamação poderá ser apresentada:

a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por *seus representantes, e pelos sindicatos de classes* (Brasil, 2010, p. 741).

Com base nesses dispositivos afirma Sérgio Pinto Martins (2004, p. 421):

Jus Postulandi é uma locução latina que indica o direito de falar, em nome das partes, no processo, que diz respeito a advogado.

No processo do trabalho, *jus postulandi* é o direito que a pessoa tem de estar em juízo, praticando pessoalmente todos os atos autorizados para o exercício do direito de ação, independentemente do patrocínio de advogado.

O *jus postulandi* é considerado, pela maioria da doutrina, princípio de Direito Processual do Trabalho que surgiu como elemento facilitador do acesso do trabalhador ao órgão estatal responsável pela proteção de seus direitos trabalhistas, visto que sempre foi a parte mais frágil na relação jurídica laboral.

Ademais, tendo em vista que a maioria das vezes o empregado só procura a justiça do trabalho após o despedimento – muitas vezes com medo de sofrer represálias durante o pacto laboral –, bem como que nesta ocasião àquele se encontra em dificuldade financeira, a oportunidade concedida por nosso ordenamento de litigar sem a assistência de um profissional do direito eleva-se de grande valia, sob pena do cerceamento do acesso à justiça.

A título de exemplificação sobre a questão abordada e de como decidem os Tribunais, cito uma Ementa de Jurisprudência que sintetiza o pensamento dos Tribunais Trabalhistas e também do Tribunal Superior do Trabalho acerca dessa intrincada questão, vejamos:

JUS POSTULANDI – RECEPÇÃO pelo ART. 133 da CARTA MAGNA – AUSÊNCIA de OBRIGATORIEDADE de ADVOGADO – Ao elevar em nível constitucional o princípio que consagra a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, o constituinte não

pretendeu, por certo, extinguir o *jus postulandi* das partes no Judiciário Trabalhista, visto que condicionou sua aplicação "aos limites da Lei" (art. 113 da CF, parte final), o que autoriza a conclusão de que subsiste o art. 791 da CLT, enquanto não sobrevier norma federal dispendo em sentido contrário. (TRT 12ª Região – RO-V 02527-2004-035-12-00-9 – 07077/2005, Florianópolis, 2ª T. Relª Juíza Ione Ramos, J. 07.06.2005).

Nesse passo, a possibilidade das partes de pleitear seus interesses em juízo sem a necessidade do advogado guarda íntima relação com os princípios do acesso à justiça, do contraditório, da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário, do direito a jurisdição, dentre outros previstos como direitos fundamentais no art. 5 da Constituição Federal.

Assim sendo, tal princípio foi criado pelo legislador para favorecer as classes menos abastadas frente à Justiça do Trabalho, permitindo assim que a própria parte que não possui recursos para custear um advogado, sem prejuízo de seu próprio sustento, procure o Poder Judiciário para defender seus direitos resultantes de sua atividade laboral.

Nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite (2007, p. 374):

O *jus postulandi* nada mais é do que a capacidade de postular em juízo, daí chamar-se, também, de capacidade postulatória, que é a capacidade reconhecida pelo ordenamento jurídico para a pessoa praticar pessoalmente, diretamente, atos processuais.

Distintamente do Processo Civil, que através do artigo 36 do Código de Processo Civil institui a obrigatoriedade e reconhece o advogado como único detentor de capacidade postulatória, o Processo do Trabalho através do princípio em questão estabelece uma possibilidade para que as partes sejam representadas, dependendo unicamente de sua vontade pleitear causa própria em juízo. O grande conflito no campo doutrinário se deve ao fato do legislador não ter fixado limites a esse princípio, surgindo então grande divergência no que concerne a amplitude que pode ser dada ao *jus postulandi*.

4 A INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil descreve o advogado como sendo o bacharel em direito, inscrito no quadro de advogados da OAB, o qual cumpre o papel de postulação ao Poder Judiciário, como representante judicial de seus clientes e atividades de consultoria e assessoria em matérias jurídicas.

São advogados todos os que amparam os interesses das partes, sejam elas quais forem, mesmo quando recompensados pelos cofres públicos (advogados estatais, defensores públicos), ou seja, são os representantes imprescindíveis, que atuam em nome das partes e no interesse da Administração Pública

Nas palavras de dos eminentes juristas Ada Pellegrini Grinover e Cândido de Rangel Dinamarco (1995, p. 216):

O advogado aparece como integrante da categoria dos juristas, tendo perante a sociedade a sua função específica e participando, ao lado dos demais, do trabalho de promover a observância da ordem jurídica e o acesso dos seus clientes à ordem jurídica.

Nota-se que a advocacia não é somente uma profissão é um múnus público no sentido de que é a base para o exercício de todas as demais funções fundamentais a justiça, sendo este o fulcro que orientou o constituinte de 1988, a primeira em aplicar nas constituições brasileiras a figura do advogado como indispensável à administração da justiça e faz sentido, pois é esse profissional que detém a princípio, o *jus postulandi*.

O princípio da indispensabilidade do advogado não foi inserido na Constituição como favor corporativo aos advogados ou para reserva de mercado profissional, sua *ratio* é de evidente ordem pública e de acentuado interesse social, como instrumento de garantia de efetivação da cidadania, sendo uma garantia da parte e não do profissional.

O advogado aparece como sendo uma peça integrante da organização judicial, como um órgão intermediário entre o juiz e a parte, na qual o interesse privado de alcançar uma sentença favorável e o interesse público de obter uma sentença justa se amoldam e se acordam, razão pela qual sua função é indispensável ao Estado.

O ato da postulação pode ser acentuado como ato de solicitar ou exigir a prestação jurisdicional do Estado, o que determina qualificação técnica, razão pela qual a promove inicialmente o advogado em nome de seu cliente, função tradicional historicamente confiada à advocacia, já que o advogado tem o monopólio da assistência e da representação das partes em juízo, tendo em vista que nenhuma pessoa pode postular em juízo sem a assistência de um advogado, a quem cabe o exercício do *jus postulandi*.

É certo que no ordenamento jurídico brasileiro são três os figurantes imprescindíveis a administração da justiça: o advogado, o juiz e o promotor, de maneira que o primeiro postula, o segundo julga e o terceiro fiscaliza a aplicação da lei, sendo que cada um desempenha seu papel de modo paritário, podendo-se dizer metaforicamente que o juiz

simboliza o Estado, o promotor a lei, o advogado o povo e todos os demais são auxiliares coadjuvantes

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1993, p. 315), analisando o princípio da isonomia assegurado pela Constituição, coloca magistralmente, a função do advogado no seu devido lugar dizendo que:

O juiz, promotor e advogado (público ou privado) formam um tripé sem o qual não funciona a Justiça; promotor e procurador atuam como partes no processo; ambos defendem o princípio da legalidade, emitindo pareceres nos processos judicial e administrativo, respectivamente, sendo obrigados à mesma imparcialidade com que o juiz aplica a lei aos casos concretos. O promotor defende a sociedade, o procurador defende o Estado, o defensor público defende o pobre. No entanto, o grande ponto comum é o fato de corresponderem todas elas a carreiras jurídicas, cabendo a todos os seus integrantes, por meios institucionais diversos, a tutela do direito. Não é por outra razão que a Constituição colocou, no mesmo Título, a Justiça e as funções essenciais.

A participação do advogado, ao lado da parte, responde também a um interesse público, tendo em vista que ao favorecer a parte, pelos motivos antes expostos, o patrocínio forense também atua de forma categórica no funcionamento pleno e eficaz da justiça, e a concretização de uma justiça efetiva e célere tem uma acentuada função social.

A função social do advogado conclui no seu bojo questões de derradeira relevância para a sociedade, tendo em vista que o ministério privado da advocacia é função indispensável para o funcionamento da justiça conforme proclama a Constituição federal. Cumpre citar que não é exclusivamente a justiça que não pode prescindir da advocacia, mas o Estado Democrático de Direito também é dependente do nobre ofício dos advogados.

5 *JUS POSTULANDI* SUPOSTO CONFLITO COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE

O direito é preparado de acordo com o modelo fático, ou seja, em consonância com a problemática social que se desenrola, já que deve atender aos anseios da sociedade para a qual foi criado. Assim, a sucessão de leis é ato de rotina na vida do direito, já que depois de certo tempo a lei se revela imprópria para novas adaptações e a sua substituição por outra lei passa a ser um imperativo, sob pena desta lei torna-se anacrônica.

A perda da vigência pode ocorrer pela revogação por outra lei, decurso do tempo e o desuso (modalidade que muitos doutrinadores não aceitam). No Direito brasileiro,

conforme dispõe o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (BRASIL, 2010, p. 252), vigoram os seguintes preceitos quanto à revogação:

Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando esteja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogada perdido a vigência. (Grifos nossos).

Fazendo uma análise da Consolidação das Leis do Trabalho que foi promulgada em 1º de maio de 1943 com o dispositivo normativo supracitado verifica-se que nada mais natural do que nesse grande intervalo de tempo tenham ocorrido mudanças práticas e conseqüentemente legislativas que tenham alterado vários de seus preceitos.

E com o advento de novas legislações nesses sessenta e cinco anos que muitos doutrinadores vêm defendendo justamente que houve a revogação do *jus postulandi*, e qualquer execução diversa daquela prevista na Lei de Introdução ao Código Civil, estaria depreciando inteiramente as bases de comparação utilizadas para a solvência de conflitos entre as normas, que já estão fixados e reconhecidas há muitos anos.

5.1 O *jus postulandi* e a Constituição Federal de 1988

O legislador ao inserir o princípio do *jus postulandi* na CLT buscou facilitar o acesso das partes ao Judiciário pelo menos no âmbito da Justiça do Trabalho. No entanto, discutiu-se, muito após a vigência da Constituição de 1988, a sobrevivência do *jus postulandi* diante da redação de seu art. 133, que assegura ser o advogado "indispensável à administração da justiça".

Como bem lembrar o eminente jurista Wagner D. Giglio e Claudia Giglio Veltri Corrêa (2005, p. 462), os tribunais chegaram a se recusarem a receber reclamações verbais:

Alguns Tribunais Regionais, precipitadamente, chegaram a eliminar o serviço encarregado de receber reclamações verbais, e alguns juízes passaram a recusar o recebimento e o processamento de reclamações não subscritas por advogado, por entenderem que o

art. 791 da CLT se atritava e não sobrevivia diante do art. 133 da Constituição Federal.

Iniciou-se, assim, uma árdua discussão doutrinária sobre a sobrevivência do instituto do *jus postulandi*. Parte da doutrina sustentava a aplicação do artigo da Lei Magna e revogação da norma contida na legislação trabalhista, enquanto outros entendiam que a aplicação do artigo 133 não revoga o preceito em estudo por se condicionar aos limites da lei, no caso, a CLT.

Sobre o surgimento do art. 133 da Constituição Federal de 1988, José Afonso da Silva (1996, p. 510) observa que: “o princípio da essencialidade do advogado na administração da Justiça é agora mais rígido, parecendo, pois, não mais se admitir postulação judicial por leigos, mesmo em causa própria, salvo falta de advogado que o faça”.

Como acertadamente observou o eminente jurista José Afonso da Silva e a partir de uma primeira leitura do art. 133 Constituição Federal de 1988 tinha-se a impressão que o instituto *do jus postulandi* teria sido extinto de qualquer seara.

O debate acerca da sobrevivência do *jus postulandi* foi levado até o Supremo Tribunal Federal, que julgando matéria penal, *habeas corpus*, afirmou que a Constituição Federal de 1988 não teria revogado as normas legais especiais que autorizam expressamente os atos processuais das partes (STF, TP, HC 67.390-2, DJ, 6.4.90).

Em que pese a Corte Constitucional brasileira ter afirmado que o art. 133 da Constituição de 1988 não revogou as normas especiais sobre a postulação das partes, os efeitos dessa decisão não vinculavam os Tribunais e juízes, já que foi apenas uma questão incidente de um processo que se estende somente as partes do litígio não podendo, portanto, ser estendido a outros processos.

Assim, considerando que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, e que a ele compete interpretá-la, vê-se que muito embora a decisão não tivesse efeitos vinculantes sobre os tribunais não restou dúvida quanto à posição do Supremo no que se refere à sobrevivência do *jus postulandi*.

Algum tempo depois, o Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento no sentido de que o instituto *do jus postulandi* não foi revogado com o advento do Constituição de 1988:

Sempre foi da tradição do Direito Processual do Trabalho poderem, empregado e empregador, postular e defender pessoalmente seus direitos, independentemente da assistência dos profissionais do Direito, devendo ser destacado que, antes mesmo da atual

Constituição prescrever a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça (art. 133), idêntica norma já existia na legislação infraconstitucional (art. 62 da Lei n. 4.215, de 27. 463 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), e nem por isso entendeu-se que fora revogada a norma consolidada (art. 791). Por isso mesmo, ao elevar ao nível constitucional o princípio consagra a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, o constituinte não pretendeu, por certo, extinguir o *jus postulandi* das partes no Judiciário Trabalhista, visto que condicionou sua aplicação “aos limites da lei” (art. 113 parte final), o que autorizou a conclusão de que, enquanto não sobreviver norma federal dispondo em sentido contrário, a subsistência do art. 791 da CLT, que é federal, revela-se compatível com a nova ordem constitucional (TST, RR 478.885/98.4, Milton de Moura França. Ac, 4ª T.).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 em 2004, surgiu mais um conflito entre o instituto do *jus postulandi* e a Constituição Federal de 1988, já que esta emenda deu uma nova redação ao art. 114 da Carta Magna ampliando a competência da Justiça do Trabalho.

Como a CLT dispunha que somente os sujeitos da relação de emprego poderiam ajuizar uma ação na Justiça do Trabalho, o *jus postulandi*, por corolário somente seria aplicável ao empregador e ao empregado. Porém, com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho em virtude da EC nº 45/2004 passou-se a discutir se os novos sujeitos da relação jurídica processual poderiam se valem do instituto do *jus postulandi*.

Neste ponto, é interessante ver a opinião do ilustre doutrinador Rodrigues Pinto (2005, p. 255):

De fato, o artigo 791 autoriza o *jus postulandi* a empregados e empregadores. Tratando-se de norma excepcional, só lhe cabe interpretação restritiva de alcance.

Logo, não podem postular sem advogado, no dissídio individual, as partes que não tenham a qualidade de empregado e empregador. Há diversas situações em que essa qualidade falece aos litigantes no Dissídio Individual. Aqueles que postulam como dependentes de empregados para haver direitos próprios, adquiridos em função do contrato individual de emprego, como a pensão morte, o pecúlio por morte e o auxílio-funeral, não são empregados. Do mesmo modo na execução da sentença proferida em Dissídio Individual, o terceiro

embargante pode não ser, e freqüentemente não é empregado nem empregador, intervindo, incidentalmente no dissídio do trabalho.

Da mesma forma, o eminente jurista Renato Saraiva (2009, p. 543) dispôs que após o advento do EC nº 45 que o *jus postulandi* somente se aplicava a relação de emprego, senão vejamos:

Por último, frise-se que, após a EC 45\2004, que ampliou a competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar qualquer lide envolvendo relação de trabalho (art.144, CF), entendemos que o *jus postulandi* da parte é restrito às ações que envolvam relação de emprego, não se aplicando às demandas referentes à relação de trabalhos distintas da relação empregatícia.

Logo, em caso de ação trabalhista ligada à relação de trabalho não subordinado, as partes deverão estar empregados por advogados, a elas não se aplicando o art. 91 da CLT, restrito a empregados e empregadores.

Por fim, a doutrina pacificou o entendimento que o *jus postulandi* somente poderia ser utilizado pelos sujeitos da relação empregatícia, devendo os outros sujeitos da relação processual ser assistidos por advogados, o que para parte da doutrina fere frontalmente o princípio da igualdade.

5.2 O *jus postulandi* e o Estatuto da Advocacia e da OAB

A corrente minoritária que defendia que, após a CF de 1988, em função de o art. 133 estabelecer que o advogado é indispensável à administração da justiça, o art. 791 da CLT não mais estaria em vigor, em face da incompatibilidade com o texto constitucional mencionado ganhou mais com a edição da Lei 8.906 1994 (Estatuto da OAB).

O Estatuto da Advocacia e da OAB que em seu artigo 1º, afirma que é atividade privativa de advocacia “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”. Instaurou-se então novamente a discussão acerca da revogação do *jus postulandi*, visto que o texto deixa clara a indispensabilidade do advogado em qualquer esfera com única exceção que seria o *habeas corpus*, obrigando a assistência do advogado na Justiça do Trabalho.

A doutrina então volta a divergir, uma corrente entende que a Lei n.º 8.906/94 veio para confirmar o que já havia na Constituição de 1988, sendo necessária a revogação do *jus postulandi*. Enquanto outra interpreta de forma diversa, ressaltando a importância do preceito em questão. Coube então a mais alta Corte, o Supremo Tribunal Federal, esclarecer esse conflito normativo que deu, incidentalmente, interpretação ao art. 133 da

Constituição Federal, ao rejeitar, por unanimidade, a preliminar de ilegitimidade de parte arguida contra o reclamante, por postular em Juízo sem advogado (Processo de Habeas Corpus nº 67.390-2).

Os tribunais trabalhistas, contudo, em sua maioria, firmaram jurisprudência no sentido de que o art. 791 da CLT está em vigor, permanecendo o jus postulandi da parte na justiça do trabalho, mesmo após a promulgação da CF 88. No mesmo sentido preconizado, os seguintes excertos:

AUDIÊNCIA TRABALHISTA. PRESENÇA DA PARTE. ADOGADO. ESPECIFICIDADE DA LEGILAÇÃO LABORAL. JUS POSTULANDI. No processo do trabalho vigora o jus postulandi. Assim, não é obrigatório que a parte se faça acompanhar por procurador, concretizando-se em mera faculdade, sendo que a necessidade de comparecimento, em audiência, é exclusiva dos demandantes. É o que se infere do art. 843 da CLT. (TRT – 14 – Recurso Ordinário RO 00484.2008.091.14.00-8).

JUS POSTULANDI - FACULDADE E NÃO OBRIGAÇÃO LEGAL DE POSTULAR EM JUÍZO SEM A ASSISTÊNCIA DE ADOGADO. O direito de acesso à justiça, enquanto princípio fundamental inserto na CF/88, é extensivo a todos e, portanto, não pode ser tolhido pelo Poder Judiciário sob o manto da existência do jus postulandi, que é faculdade atribuída ao jurisdicionado e não obrigação de postular em juízo sem a assistência de advogado. (TRT – 7 - Recurso Ordinário RO 1707001820085070031 CE 0170700 - 1820085070031) (grifo nosso).

Por fim, vale trazer à baila o julgamento da ADI 1.127, proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, na qual o STF declarou inconstitucional a expressão “qualquer” constante do art. 1º, I, da Lei 8.906 1994: “Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”.

Decidiu o Supremo que a inconstitucionalidade da palavra “qualquer”, pois, em certos atos judiciais, a presença do advogado pode ser dispensada o que permite a aplicação do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho (STF, ADIs 1.105/DF e 1.127/DF, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17-5-2006).

6 LIMITES DO JUS POSTULANDI

Infere-se do art. 791 da Consolidação das Leis Trabalhistas que, diferentemente do Processo Civil, no Processual do Trabalho podem, empregado e empregador, postular e defender pessoalmente seus direitos, independentemente da assistência dos profissionais do Direito. Ocorre que, os tribunais superiores têm adotado o entendimento no sentido da manutenção do instituto do *jus postulandi*, na fase recursal, como obrigatório, apesar da lei que embasa o referido não fixar limite para seu uso. Nesse sentido, nossa jurisprudência é farta, consoante se pode perceber:

JUS POSTULANDI. LIMITAÇÃO. O *jus postulandi*, previsto no art. 791 da CLT, diz respeito ao andamento do feito em 1ª instância, sendo que o ato recursal é privativo de advogado, nos termos do Estatuto da OAB. (Brasil, Tribunal Regional da 12ª Região, Relator Juiz C. A. Godoy Ilha, Acórdão num: 12796, ano: 2001, decisão em 02.10.2001).

JUS POSTULANDI EXTENSÃO E LIMITES. POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ORDINÁRIO DIRETAMENTE PELA PARTE. O *jus postulandi* traduz a capacidade postulatória conferida pela lei trabalhista à própria parte, que não necessita constituir procurador habilitado para praticar atos no processo laboral, sendo certo que, ao elevar ao nível constitucional o princípio que consagra a indispensabilidade do advogado à administração da justiça, não pretendeu o constituinte extinguir o *jus postulandi* das partes no Judiciário Trabalhista. (Brasil, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Recurso Ordinário nº. 00933-2003-108-03-00-0, Relator Juiz Maurício José Godinho Delgado, decisão em 24/11/2003).

Impende ressaltar, a celeuma outrora existente no TST em relação ao Recurso de Revista, reconhecendo amplamente o *jus postulandi* da parte, de acordo com a jurisprudência abaixo:

RECURSO DE REVISTA. "JUS POSTULANDI". NÃO CONHECIMENTO DE RECURSO MANEJADO PELA PARTE.

O art. 791 da CLT consagra o "jus postulandi" e nada restringe, porquanto onde a lei não faz restrições não cabe ao intérprete colocar freios onde o legislador não os colocou. Tal interpretação afina melhor com a tecnologia do Direito do Trabalho, a sua natureza tuitiva e, ainda sem prejuízo da solenidade das formas, o natural desatavio do processo dos autos ao TRT da 12ª região pára apreciar e julgar o recurso ordinário como de direito. (TST – RR – 11406/2002-

900-12-00- AC. 3ª Turma – Rel. Juiz Convocado Ronald Cavalcante Soares – DJ- 27/05/2005.)

HONORÁRIOS DE ADVOGADO – SUBSISTÊNCIA DO ART. 791 DA CLT- SENTIDO E ALCANCE DO ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Sempre foi da tradição do Direito Processual do Trabalho poderem, empregado e empregador, postular e defender pessoalmente seus direitos, independentemente da assistência dos profissionais do direito, devendo ser destacado que, antes mesmo da atual Constituição prescrever a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça (art. 133), idêntica norma já existia na legislação infraconstitucional (art. 62 da Lei nº 4.215, de 27.4.63 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), mas nem por isso entendeu-se que fora revogada a norma consolidada (art. 791). Assim, ao elevar ao nível constitucional o princípio que consagra a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, o constituinte não pretendeu, por certo, extinguir o *jus postulandi* das partes no Judiciário Trabalhista, visto que condicionou sua aplicação "aos limites da lei" (art. 113 – parte final), o que autoriza a conclusão de que, enquanto não sobreviver norma federal dispendo em sentido contrário, a subsistência do art. 791 da CLT, que é federal, revela-se compatível com a nova ordem constitucional. Pertinência dos Enunciados nºs 219 e 329 do TST. Recurso de revista provido. (RR-539.763/1999, Relator Ministro Milton de Moura França, 4ª Turma, DJ 14/05/2004, unânime.) (Grifo nosso).

Assim, em face das jurisprudências expostas, percebe-se que o TST divergia sobre a manutenção do instituto o *jus postulandi* em fase recursal, em corolário da inexistência de norma federal que discipline a matéria, pois, enquanto subsistir a CLT, esta não traz quaisquer restrições às instâncias ordinárias, não cabendo ao intérprete colocar freios onde o legislador não os colocou.

Portanto, o *jus postulandi* não prevalece no TST. Logo, em caso de recurso de revista interposto, ele deverá ser subscrito por advogado, assim como qualquer outro recurso que venha a tramitar no TST. Em outras palavras, o *jus postulandi* doravante somente prevalecerá nas instancias ordinária

Por fim, em caso de eventual recurso extra para o Supremo Tribunal Federal, ou mesmo recurso encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça, também deve ele ser subscrito por advogado, sob pena de o apelo não ser conhecido:

JUSTIÇA DO TRABALHO. JUS POSTULANDI. VALIDADE. ARTIGOS 791 E 839 DA CLT. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO.

A jurisprudência predominante é no sentido de que ainda vigora no processo do trabalho o chamado "*jus postulandi*", que autoriza que empregados e empregadores possam reclamar pessoalmente na Justiça do Trabalho, além de acompanhar suas ações até o final, independentemente de estar assistidos por advogado. Embora a validade deste princípio da postulação pelas próprias partes tenha sido questionada quando da promulgação da Constituição de 1988 - cujo artigo 133 preceitua que o advogado é indispensável à administração da justiça -, é certo que permanecem em vigor os dispositivos da CLT que lhe dão sustentação, que são os artigos 791 e 839. Enquanto não houver manifestação definitiva do excelso Supremo Tribunal Federal acerca da não-recepção destes dispositivos por parte na nova ordem constitucional, é mesmo de se autorizar que as ações 70 trabalhistas sejam processadas pela via da atermação ou, até, por meio de petição redigida e elaborada pelo próprio postulante. É certo, ainda, que esta prerrogativa também envolve a interposição de recursos perante os tribunais (todos eles; inclusive, os Superiores), pois é justamente esta a preceituação do citado artigo 791 da CLT, no sentido de que "os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar suas reclamações até o final". Diante deste panorama, também não se poderá impor à parte que recorre, com base no "*jus postulandi*", qualquer excesso de formalismo na elaboração do apelo, sob pena de desvirtuação do próprio instituto. Isto significa que basta que esta se manifeste em juízo, seja de forma escrita, seja por meio de manifestação tomada a termo na Secretaria da Vara, expressando a sua discordância quanto à decisão proferida. (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região, Processo num. 00343-2004-054-03-00-1, Relator Hegel de Brito Boson, decisão em 31.08.2005).

Por conseguinte, resta demonstrado a capacidade conferida pelo legislador a qualquer pessoa para postular na seara trabalhista na instância ordinária, mas quando se trata recurso endereçado ao Tribunal Superior do Trabalho, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo tribunal Federal é indispensável à apresentação de um advogado com capacidade postulatória.

Com relação ao uso do instituto *jus postulandi* por terceiros na esfera trabalhista tem-se o seguinte entendimento:

AGRAVO DE PETIÇÃO INTERPOSTO PELO ARREMATANTE SEM ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO. NÃO-CONHECIMENTO DO APELO. É certo que o instituto do *jus postulandi* permanece no Processo do Trabalho, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988. Entretanto, somente às partes é permitida a manifestação nos autos sem a assistência de advogado (inteligência do art. 791 da CLT). Formulando o arrematante suas pretensões sem a assistência de advogado, impossível conhecer do agravo (Brasil Tribunal Regional da 10ª Região, Relator Juiz Pedro Luiz Vicentin Foltran, processo num. 00022, ano 2002, decisão em 19.04.02).

Nesta toada, é evidente que o uso do *jus postulandi* se restringe às partes, ou seja, há predominância do entendimento de que tal instituto não pode ser exercido por quem não é parte no processo trabalhista, em razão da norma contida no art. 791 da CLT e a jurisprudência elencada acima.

7 A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E OS MALEFÍCIOS DO JUS POSTULANDI

O acesso à Justiça se originou da necessidade de integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais, vez que não adiantaria ter um direito material e não possuir meios para sua efetivação ou defesa em juízo.

O direito de acesso à jurisdição é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato indiferente aos obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu efetivo exercício.

A questão do acesso à justiça propõe a problematização do direito de ir a juízo a partir da ideia de que obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o direito de usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade.

Dessa forma, o direito à assistência judiciária gratuita é o direito a advogado, a isenção de custas e despesas processuais, bem como o direito à produção de provas de forma gratuita.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no capítulo que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais em seu artigo 5º, inciso XXXIV, alínea "a" consagrou como dever do Estado, o direito que tem o cidadão, pobre na forma da lei, de usufruir de uma assistência judiciária gratuita, senão vejamos: "São a todos assegurados,

independentemente do pagamento de taxas o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Ainda no artigo 5º, inciso LXXIV diz que: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Verifica-se, assim, que o direito de acesso à Justiça não está relacionado apenas ao pagamento de custas processuais, mas sim, na necessidade que a parte encontra de ter uma assistência técnica, seja um advogado ou defensor, que na impossibilidade de pagá-lo, deve o Estado fornecer tal proteção.

Porém, em especial na Justiça do Trabalho, com a finalidade de facilitar o acesso das partes ao Judiciário, a lei instituiu o *jus postulandi* como forma de solução a este óbice, mas se esquece que não basta somente o cidadão ter acesso ao Poder Judiciário, ele deve ter meios eficazes defender em juízo o seu direito ameaçado ou que sofreu lesão e isto só pode ocorrer de forma efetiva através da defesa técnica.

Assim, é perceptível que o dever constitucional de acesso à justiça é mais amplo do que simplesmente facilitar a postulação, devendo fornecer meio para que a pessoa litigue.

Nesse mesmo segmento, a doutrina nacional tem-se posicionado no sentido de que a postulação em juízo pela parte sem assistência de um advogado pode acarretar prejuízos a esta, quando a outra parte representada por profissional técnico, tendo em vista que este conhece as peculiaridades de processo judicial.

Corroborando tal entendimento assim dispõe Amauri Mascavo do Nascimento (2001 p. 543):

Sob o ponto de vista técnico, a importância do patrocínio é paralela à progressiva complicação das leis escritas e à especialização, cada vez maior, da ciência jurídica. Se, em uma sociedade primitiva, onde todo o direito se resume em umas poucas e simples práticas consuetudinárias, cada membro pode encontrar-se em condições de defender-se por si em juízo sem necessidade de uma preparação profissional especial, o incremento da legislação escrita, que fatalmente se desenvolve e se complica com o progresso da civilização, requer para sua interpretação e aplicação o auxílio de um tecnicismo cada vez mais refinado, cujo conhecimento vem a ser monopólio de uma categoria especial de peritos, que são os juristas: de maneira que, para fazer valer as próprias razões em juízo, a parte inexperta de tecnicismo jurídico sente a necessidade de ser assistida pelo especialista, que se acha em condições de encontrar os

argumentos jurídicos em apoio das suas pretensões, o que se faz mais necessário ainda quando, como é a regra nos ordenamentos judiciais modernos, também os Juizes, perante os quais a parte faz valer suas razões, são juristas. Acrescente-se que o tecnicismo das leis adquire uma especial importância, precisamente no cumprimento dos atos processuais, que, para poder conseguir a sua finalidade, devem desenvolver-se segundo certas formas rigorosamente prescritas, cujo conhecimento não se adquire senão através de larga prática: de maneira que a intervenção do jurista parece indispensável, não só para encontrar as razões defensivas que a parte não saberia encontrar por si mesma, e apresentá-la em termos jurídicos, mas também para realizar em seu nome os atos do processo que ela não estaria em condições de cumprir por si na ordem e sob a forma prescrita pelas leis processuais. Essas razões psicológicas e técnicas demonstram que a presença dos patrocinadores responde, antes de tudo, ao *interesse privado da parte*, a qual, confiando ao *expert* não só o ofício de expor suas razões, mas também o de cumprir de sua parte os atos processuais, escapa dos perigos da própria inexperiência e consegue o duplo fim de não incorrer em erros, de forma a ser melhor defendida em sua substância.

Ainda nesse sentido, o saudoso magistrado trabalhista Valentin Carrion (1994, p. 565) escreveu em seus Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho que:

[...] estar desacompanhado de advogado não é direito, mas desvantagem; a parte desacompanhada de advogado era caricatura de justiça; a capacidade de ser parte ou a de estar em juízo não se confunde com a de postular. Já na reclamação verbal, a parte ficava na dependência da interpretação jurídica que aos fatos dava o funcionário que reduzia a termo suas afirmações. Depois vinham as dificuldades do leigo na instrução e nos demais atos processuais, onde o arremedo de Justiça mais se acentua. O jus postulandi, a par da vantagem de levar a parte rapidamente ao ajuizamento de uma reclamação trabalhista, trás consigo a desvantagem de se constituir nessa armadilha exatamente pelo desconhecimento das leis e a impotência conseqüente de produzir sua defesa.

Verifica-se, portanto, que atualmente é inegável que o ramo Direito do Trabalho é um dos mais dinâmicos dentro do direito, sendo pertinente a presença de um advogado,

tendo em vista que as relações de trabalho têm se tornado cada vez mais complexas exigindo-se, inclusive, cada vez mais de conhecimentos especializados para a formulação das lides bem como o seu desenvolvimento.

7 CONCLUSÃO

A Justiça do Trabalho surgiu como um ramo do direito especializado para dirimir os conflitos oriundos da relação de emprego, tendo com uma de suas finalidades a proteção do trabalhador, que é a parte hipossuficiente do contrato de trabalho, já que este muitas vezes submete-se a condições de trabalho incompatíveis com as normas jurídicas para não perder seu emprego.

Para atingir essa finalidade, o legislador pátrio valeu-se de alguns instrumentos que facilitassem o acesso desse trabalhador à justiça, sendo o jus postulandi um deles, haja vista que esse instituto possibilitou as partes postular em juízo sem a necessidade de assistência por advogado na Justiça Trabalhista.

O jus postulandi quando foi introduzido na sistemática processual brasileira foi muito elogiado, pois possibilitava as pessoas que não possuíam recursos de procurar o Poder Judiciário para reclamar os direitos injustamente violados durante o pacto laboral, sem que fosse necessário recorrer a um advogado.

Conduto, com o passar do tempo, as relações de trabalho ficaram cada vez mais complexas e verificou-se que a assistência técnica de um advogado era imprescindível para a efetivação dos direitos reclamados em juízos, vez que este tinha total domínio de como deveria se desenvolver o processo.

Não bastasse a falta de conhecimento técnico da parte para postular em juízo e as consequentes críticas doutrinárias ao instituto do jus postulandi, a Constituição federal de 1988 dispôs em seu art. 133 que o advogado era uma função essencial a administração da justiça, o que levantou a discussão sobre compatibilidade de tal instituto com a nova ordem constitucional.

Houve muita polêmica sobre o tema, tendo, inclusive, alguns tribunais trabalhistas indeferido petições que não estavam subscritas por advogado, sob o argumento de que o jus postulandi tinha sido revogado pela Constituição federal.

Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, manifestou-se pela constitucionalidade do instituto do jus postulandi, bem como pela sua recepção pela Constituição de 1988, o que colocou um fim a toda essa celeuma jurídica.

Com a edição da Lei 8.906 em 1994 (Estatuto da OAB) o debate sobre o jus postulandi ganhou novos contornos, já que este diploma normativo dispunha que era

atividade privativa de advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário. Passou-se, assim, mais uma vez a questionar a sobrevivência do jus postulandi, já que a nova legislação era inequívoca ao afirmar era privativa a postulação em qualquer órgão do Poder Judiciário ao advogado, o que afrontava de forma clara as disposições referente ao instituto do jus postulandi.

Todavia, mais uma vez o Supremo Tribunal Federal posicionou-se favorável a manutenção do jus postulandi na sistemática processual brasileira, ao considerar que o Estatuto do OAB não poderia revogar as legislações especiais que permitiam a postulação das partes sem a assistência de advogado.

Como se pode perceber, não resta qualquer dúvida sobre a sobrevivência do jus postulandi no ordenamento jurídico brasileiro dentro dos limites estabelecidos pelo doutrina e jurisprudência para a sua aplicação na Justiça do Trabalho, haja vista que esse instituto é restrito às demandas oriundas da relação empregatícia e ao âmbito das varas do trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho, não se estendendo aos tribunais superiores, conforme entendimento majoritário esposado pela doutrina pátria.

Em que pese a manutenção do instituto do jus postulandi na atualidade, verifica-se que a sua aplicação muitas vezes causa prejuízo à parte, já que esta não detém os conhecimentos técnicos necessários para buscar em juízo a efetivação dos direitos violados, além disso se a outra parte contrária estiver assistida por advogado o equilíbrio processual necessário para concretização das garantias processuais fica prejudicado, uma vez que a igualdade entre as partes fica comprometida pela discrepância técnica dos postulantes da relação processual.

Conclui-se, portanto, que apesar de o instituto do jus postulandi ter sido criado para facilitar o acesso das partes ao Poder Judiciário, hodiernamente, apresentar-se como um obstáculo na concretização das garantias fundamentais processuais, já que não mais traduz a garantia de acesso a justiça, pois contemporaneamente esse direito não é mais só visto em sua feição formal, mas deve ser entendido e aplicado em sua plenitude o que pressupõe não só o acesso ao judiciário, bem como a uma assistência técnica e produção de provas de forma gratuita.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 63, de 15-12-1988. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Código Civil**. Publicado em 10 de janeiro de 2002, 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Publicada em 1º de maio de 1943. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido de Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 11. ed., São Paulo: 1995.

*DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTR, 2003.*

*GIGLIO Wagner D; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.*

*LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5. ed., 1. tir., São Paulo: LTr, 2007.*

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Processual do Trabalho**. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1993.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo Trabalhista de Conhecimento**. 7. ed., São Paulo: LTr, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. Ed. Forense, 1983.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO

CAIO MATHEUS CINTRA MOREIRA:
Acadêmico de Direito na Universidade
Presbiteriana Mackenzie ¹⁰¹

Resumo: Este trabalho possui como principal objetivo a exposição da responsabilidade civil dos médicos ao cometerem um erro, é certo que, como em toda profissão, o médico, após a sua formação na universidade, inicia o exercício da profissão médica, ficando sujeito, e sendo responsável, pelos erros que comete. Contudo, tem-se discutido a respeito da responsabilidade civil do médico, uma vez que há uma grande discussão a respeito da relação entre médico/paciente ser, ou não, uma relação consumerista. Por fim, através da análise bibliográfica de obras que abordam sobre o tema responsabilidade civil, o presente trabalho abordará a respeito da responsabilidade civil e criminal do médico e suas modalidades, objetiva, quando há responsabilidade independentemente da existência de culpa, e subjetiva, quando a responsabilidade é caracterizada apenas mediante a existência de culpa do médico, especificando em qual das modalidades se encaixará o médico no caso de cometer um erro, concluindo que o médico possui apenas responsabilidade civil em relação ao meio, ou seja, em empregar todas as técnicas e métodos possíveis, e permitidos por lei, para que se consiga o melhor tratamento para o paciente, não respondendo pelo resultado que o paciente apresentará após a realização do tratamento.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Responsabilidade Criminal, Erro Médico, Responsabilidade Subjetiva, Culpa.

Abstract: This work has as its main objective the exposure of the civil liability of doctors when they commit an error, it is certain that, as in any profession, the doctor, after his training at the university, begins the exercise of the medical profession, becoming subject, and being responsible for the mistakes you make. However, there has been discussion about the doctor's civil liability, since there is a great discussion about the relationship between doctor/patient being, or not, a consumerist relationship. Finally, through the bibliographical analysis of works that deal with the subject of civil liability, the present work will address the civil and criminal liability of the doctor and its modalities, objective, when there is responsibility regardless of the existence of guilt, and subjective, when the responsibility is characterized only by the existence of the doctor's fault, specifying which of the modalities the doctor will fit in the case of making an error, concluding that the doctor only has civil responsibility in relation to the environment, that is, in employing all the techniques and possible methods, and permitted by law, to achieve the best treatment

101E-mail:caiocintra.moreira@hotmail.com.

for the patient, not being responsible for the result that the patient will present after the conclusion of the treatment.

Keywords: Civil Liability, Criminal Liability, Medical Error, Subjective Liability, Guilt.

Sumário: 1. Responsabilidade civil e suas espécies. 2. Responsabilidade civil no erro médico. 3. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo, através de análises bibliográficas a respeito de responsabilidade civil e direito médico, trazer a relação da responsabilidade civil no caso de erro médico, mostrando que, assim como as demais profissões, os médicos também estão sujeitos a um regulamento que deve seguir, assim como as demais legislações brasileiras que abordam o tema de responsabilidade civil, como sendo o caso do Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Primeiramente será abordado a responsabilidade civil, como se configura a responsabilidade civil, quais são seus requisitos e para configuração, assim como as suas espécies, responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. Para haver a responsabilidade civil deve-se observar o erro do médico juntamente com os elementos necessários para a configuração do ato ilícito, na qual, uma vez havendo culpa, o profissional da saúde poderá ficar sujeito as responsabilidades e sanções prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Adiante será aborda a responsabilidade civil, desde a sua ideia inicial até a forma como é utilizada atualmente no ordenamento brasileiro, assim com a relação entre médico/paciente, qual a responsabilidade civil que o profissional da medicina está sujeito em exercer a sua função, assim como qual a relação triangular entre médico/paciente/hospital.

Atualmente, com a facilidade da comunicação, internet e redes sociais, a população brasileira tem tomado muito conhecimento a respeito de casos nos quais houver erros médico, muitos deles saindo impune, sendo que muitos desses erros não é tomado conhecimento do público em razão de serem coisas sutis. Contudo, há também os erros grosseiros, como amputações de membros errados, esquecimentos de gaze dentro dos corpos dos pacientes e erros de medicação.

Assim, mediante os fatos narrados acima a responsabilidade civil é algo que vem sendo aprimorado com o surgimento de novas modalidades, uma vez que se iniciou com algo muito arcaico, sendo originada na vingança privada.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS ESPÉCIES

Nos primórdios da humanidade não havia responsabilidade, o que existia nas antigas civilizações era apenas uma ideia de vingança, sendo o primeiro tipo de vingança a vingança coletiva, no qual um grupo se voltava contra o agressor motivados pela ofensa realizada a um de seus membros. “Historicamente, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes.”¹⁰²

Com o passar do tempo a vingança realizada de modo coletivo deu lugar para a realizada de forma privada, sendo caracterizada por causar um dano posterior à parte que causou o dano originário, sendo utilizado como “lei” de responsabilidade civil o Código de Hamurabi, que consistia em causar a outrem o mesmo dano que me foi causado, dando origem a lei de Talião, a qual possui o famoso jargão “olho por olho, dente por dente”.

A lei de Talião foi extremamente revolucionária, uma vez que colocou proporção na vingança privada, o que anteriormente era completamente desproporcional, limitando o dano que será causado a ser causado na mesma intensidade e similar ao dano original.

Posteriormente evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”. Para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou.¹⁰³

A vingança privada anterior à Talião não trazia nenhum tipo de benefício à sociedade, enfatizando apenas o desejo de retribuição da vítima, contudo, não era capaz de reparar a situação, apenas prejudicaria ambas as partes.

Após o período de Talião, seguiu a Lei das XII Tábuas, sendo criada no Império Romano, um momento em que a sociedade já reconhecia que havia uma figura de autoridade similar ao Estado nos dias atuais. Desta forma chegou-se à conclusão de que reparar o dano mediante prestação em pecúnia seria muito mais benéfico a ambas as partes, uma vez que a retaliação existente em razão da lei de Talião não era benéfica para nenhuma das partes, apenas causando um duplo dano às partes.

¹⁰²DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2022, p. 14. E-book. ISBN 9786555598650. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598650/>. Acesso em: 29 out. 2022.

¹⁰³Ibidem.

A responsabilidade não abrange apenas a responsabilidade civil, sendo também responsável pela responsabilidade penal. A responsabilidade penal consiste no agente cometer um ato ilícito no qual lesa os deveres de cidadão em relação a sociedade, resultando em um dano social, ou seja, infração de uma norma penal, sendo que a única forma de reparação é o cumprimento da pena imposta na lei aos sujeitos que a quebrarem, enquanto a responsabilidade civil é derivada de um dano a terceiro em situações que não ocorra a quebra de uma norma penal, conforme expõe Maria Helena Diniz.

Enquanto a responsabilidade penal pressupõe uma turbação social, ou seja, uma lesão aos deveres de cidadãos para com a ordem da sociedade, acarretando um dano social determinado pela violação da norma penal, exigindo para restabelecer o equilíbrio social investigação da culpabilidade do agente ou o estabelecimento da antissociabilidade do seu procedimento, acarretando a submissão pessoal do agente à pena que lhe for imposta pelo órgão judicante, tendendo, portanto, à punição, isto é, ao cumprimento da pena estabelecida na lei penal, a responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado.¹⁰⁴

A responsabilidade civil decorre do dano à propriedade privada, isto significa que em razão de haver sido dano à propriedade privada é possível que as partes indenizem uma a outra. A parte causadora do dano tem a opção de reparar o dano que fez, quando é possível, ou indenizar a parte lesa mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro, sendo que em ambas as formas o prejuízo será compensado e não haverá mais o que se pedir em relação aos danos causados em razão do ato ilícito cometido pelo agente causador

Para Carlos Roberto Gonçalves, a palavra “responsabilidade” tem origem no latim *respondere*, o que dá fim a ideia de que seria uma segurança, uma garantia, de restituição da propriedade danificada, acaba-se com a certeza de compensação à parte lesada do que lhe foi danificado, contudo, nasce a obrigação de restituição e ressarcimento do mesmo¹⁰⁵. Para Caio Mario da Silva Pereira utiliza o conceito exposto por Giorgio Giorgi,

¹⁰⁴DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2022, p. 18. E-book. ISBN 9786555598650. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598650/>. Acesso em: 29 out. 2022.

¹⁰⁵PEREIRA, Caio Mario da S. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018, p. 12. E-book. ISBN 9788530980320. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>. Acesso em: 29 out. 2022.

no qual conceitua que responsabilidade civil com sendo a “obrigação de reparar mediante indenização quase sempre pecuniária, o dano que o nosso fato ilícito causou a outrem”¹⁰⁶.

Mediante as definições expostas, conforme ensinado por Maria Helena Diniz, entende-se que a responsabilidade civil tem como função garantir ao lesado segurança e o direito de ressarcimento do que lhe foi danificado em razão do ato ilícito de terceiros.

Visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o statu quo ante. Logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da restitutio in integrum, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento, respeitando assim, sua dignidade.¹⁰⁷

A responsabilidade civil, na maioria das vezes, no ordenamento brasileiro, deriva da culpa existente do ato do causador do dano, para haver responsabilidade civil é necessário que haja um nexo de causalidade somado com a ocorrência de um evento danoso, caso não haja um nexo de causalidade ou um evento danoso não haverá responsabilidade civil, podendo até mesmo configurar um mero ato de aborrecimento. Culpa é a falta da inobservância, do cuidado que seria demandado em determinada situação, em razão da negligência, imprudência ou imperícia. A negligência corresponde ocorre quando alguém deixa de tomar uma atitude que era esperada em razão da situação em questão, agindo com descuido, um exemplo é um policial que deixa uma arma carregada ao alcance de uma criança.

A imprudência deriva de uma ação precipitada, que ocorreu sem cautela, sendo o típico exemplo um motorista que dirige em alta velocidade e em detrimento desta atitude acaba atropelando um cidadão. Por fim, a imperícia decorre de uma falta de habilidade, falta de aptidão, e qualidade técnica, sendo um exemplo o médico que realiza uma cirurgia plástica sem ter o conhecimento necessário para tal.

No âmbito civilista existem dois tipos de prejuízos que um sujeito pode causar a outro, sendo estes o dano material e o dano moral. O dano material, como o próprio nome já menciona, é o dano causado aos bens materiais de outrem, desta forma o ato danoso, sendo um ótimo exemplo uma batida entre dois ou mais veículos. Um dos motoristas

¹⁰⁶GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro** - responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2021. E-book. ISBN 9786555590500. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/>. Acesso em: 29 out. 2022.

¹⁰⁷ DINIZ, Maria H., op. cit., p. 13.

comete um ato de negligência, imprudência ou imperícia, e esta ação resultou no mesmo colidindo com o carro que está a sua frente. Deste modo, por haver nexos de causalidade somado com o dano causado a terceiro, houve dano material, devendo o causador reparar a vítima por danificar seu patrimônio.

Enquanto o dano material causa dano ao patrimônio alheio, o dano moral é totalmente ao contrário. Conforme os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação¹⁰⁸.

Ainda, Orlando Gomes define que a expressão “dano moral” somente deve ser utilizada quando não há relação com âmbito patrimonial, uma vez que ao envolver patrimônio não se caracteriza mais dano moral, mas sim dano matéria:

Para Orlando Gomes, “a expressão ‘dano moral’ deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial” (Obrigações, n. 195, p. 332 apud GONÇALVES, 2021, p. 159).¹⁰⁹

O dano moral deve ser reparado de forma proporcional ao agravo, isto é, deve-se buscar que reparação no limite em que o dano foi causado. A própria Constituição Federal assegura à vítima o direito de indenização em razão da ocorrência do ato ilícito, seja este moral ou material¹¹⁰.

Deste modo, conforme ensina Sérgio Cavalieri:

¹⁰⁸GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro** - responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2021, p. 154. E-book. ISBN 9786555590500. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/>. Acesso em: 29 out. 2022.

¹⁰⁹Ibidem.

¹¹⁰“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 nov. 2022).

Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material. Segundo Savatier, dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, *dano moral* é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma.¹¹¹

O código civil traz em seu artigo 927 que aquele que violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a repará-lo, e ao se falar em matéria de direito civil a reparação é sempre monetária. Por se tratar de uma sociedade capitalista, o dinheiro faz a economia girar, desta forma, o modo mais “justo” de se reparar alguém é uma reparação pecuniária, sendo esta proporcional ao prejuízo causado pelo autor do dano, não tendo necessariamente que haver dolo, sendo a culpa, muitas vezes o suficiente para gerar a necessidade de reparação à vítima.¹¹²

Após estes dispositivos fica claro que frustração e mero aborrecimento não se caracterizam como dano moral, uma vez que fazem parte do cotidiano do ser humano e não são duradouras a ponto de abalar substancialmente o equilíbrio psicológico do sujeito. Assim decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo (“TJSP”) na não configuração de danos morais ao julgar uma apelação na qual o apelante pleiteava indenização de danos morais pela cobrança em duplicidade da quantia de R\$ 45,33 (quarenta e cinco reais e trinta e três centavos) e demora do estorno do valor pago. Os julgadores entenderam que, apesar de haver a duplicidade do pagamento e ter ocorrido a demora da devolução do valor pago em duplicidade, o apelante não faz jus a indenização em razão de meros dissabores e aborrecimento não configurarem lesão moral.¹¹³

111CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2011, p. 127. E-book. ISBN 9786559770823. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770823/>. Acesso em: 01 nov. 2022.

112“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2022**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 06 nov. 2022).

113“Apelação Cível. Ação indenizatória por danos materiais e morais. Sentença de parcial procedência. Apelo do autor. Cobrança em duplicidade por compra realizada em supermercado. O mero dissabor e o inegável aborrecimento vivenciados pela cobrança em duplicidade da quantia de apenas R\$ 45,33 e a demora no estorno não se confundem com lesão moral indenizável. Não verificada a ocorrência de abalo moral intensamente desgastante sujeito à indenização pretendida. Danos morais não evidenciados. Apelação não provida” (TJSP. Apelação Cível 1001358-07.2019.8.26.0005. Relator (a): Morais Pucci. Órgão

A teoria clássica da responsabilidade civil era denominada “teoria da culpa” em razão de seu caráter obrigatório para configuração de responsabilidade civil, sendo esta nomeada como responsabilidade subjetiva, uma vez que a responsabilização em detrimento do dano não é algo certo de que acontecerá.

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade.

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.¹¹⁴

A configuração da culpa, no caso da responsabilidade subjetiva, ocorre mediante uma ação de negligência, imprudência ou imperícia do agente, devendo o causador do ato ilícito indenizar a vítima, mesmo que o dano tenha ocorrido exclusivamente de caráter moral.

A responsabilidade civil subjetiva está completamente ligada a existência ou não da culpa no sentido *lato sensu*, quando comprovada a culpa do causador do agente, o fato passa a ser um fato de caráter indenizatório, devendo ser indenizado monetariamente, sendo assim, o agente só deverá indenizar a vítima se for comprovado que o mesmo agiu com culpa ou dolo no fato causador do dano.

O artigo 186 do Código Civil que o sujeito que causar dano a alguém, seja por negligência, imprudência ou imperícia está cometendo ato ilícito, e ao cometer ato ilícito este deve reparar o sujeito que sofreu o dano, mesmo que este seja exclusivamente de caráter moral.¹¹⁵

Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado. Foro Regional V - São Miguel Paulista - 3ª Vara Cível. Data do Julgamento: 31 out. 2022. Data de Registro: 31 out. 2022).

114GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620056. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620056/>. Acesso em: 01 nov. 2022.

115“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2022**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 06 nov. 2022).

O código Civil, apesar de haver diversas situações que abordam a responsabilidade civil como objetiva, fixou-se como regra a utilização da responsabilidade civil subjetiva. Caio Mário da Silva Pereira, traz esse conceito da seguinte forma:

[...] o Código Civil, ao mesmo tempo que edita a regra geral da reparação, indica o seu fundamento. O art. 1.382 visa a “qualquer fato do homem como suscetível de acarretar uma responsabilidade”, mas acrescenta que somente é obrigado aquele por cuja culpa o dano aconteceu. Resumindo numa frase o conceito, sentencia: “É a culpa que é a fonte da responsabilidade”.¹¹⁶

Carlos Roberto Gonçalves vai no mesmo caminho supracitado por Caio Mario da Silva Pereira:

O Código Civil brasileiro filiou-se à teoria “subjetiva”. É o que se pode verificar no art. 186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. Espínola, ao comentar o dispositivo correspondente a este no Código Civil de 1916, teve estas palavras: “O Código, obedecendo à tradição do nosso direito e à orientação das legislações estrangeiras, ainda as mais recentes, abraçou, em princípio, o sistema da responsabilidade subjetiva”.¹¹⁷

Enquanto a responsabilidade civil subjetiva precede na necessidade de existência de culpa do agente, o código civil também traz a responsabilidade legal, que também é denominada como responsabilidade objetiva. A responsabilidade objetiva é a ocorrência da existência de responsabilidade mesmo sem a existência de culpa ou dolo, deste modo, de acordo com a teoria da responsabilidade civil objetiva, todo dano, independentemente da existência de culpa deve ser indenizável, devendo ser reparado pelo agente que está ligado ao dano em razão da existência de nexo de causalidade.

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Ela é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco.

116 PLANIOL; RIPERT; BOULANGER, 1946, *apud* PEREIRA, Caio Mario da S. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018, p. 41. E-book. ISBN 9788530980320. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

117 GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 33. E-book. ISBN 9786553620056. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620056/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

A classificação corrente e tradicional, pois, denomina objetiva a responsabilidade que independe de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade, entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar quem não tenha dado causa ao evento.¹¹⁸

Maria Helena Diniz ainda complementa o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves a respeito da ausência de culpa na responsabilidade civil objetiva: “Hoje, pelos arts. 932, I a III, 933, 734 e 750, tais pessoas, mesmo que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados por terceiros, consagrando-se a responsabilidade civil objetiva.”¹¹⁹

A responsabilidade objetiva é muito utilizada nas relações de negócios e de consumo, sendo um grande exemplo disso a relação entre as instituições financeiras e os clientes. As instituições financeiras, em razão de sua força e da atividade que exercem, são responsáveis objetivamente pelos danos que são gerados em razão de um caso fortuito interno, como fraudes e outros delitos que são praticados por terceiros. Neste caso de relação de consumo, caso houvesse apenas a responsabilidade civil subjetiva, os consumidores nunca seriam indenizados nos casos de fraudes, em razão da não existência de culpa ou dolo das instituições financeiras. Desta forma, a responsabilidade civil objetiva protege o consumidor, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”¹²⁰

O ponto central no que se refere à responsabilidade civil ser objetiva ou subjetiva não corresponde a qual tipo de responsabilidade civil se deve ou escolher, mas sim se deve utilizar os dois modos, conjugando-os e dinamizando-os, utilizando a responsabilidade civil subjetiva como norma, uma vez que o agente deve ser responsabilizado de acordo com a sua ação ou omissão, seja esta dolosamente ou culposamente. Contudo, a utilização da responsabilidade civil subjetiva como norma não exclui a utilidade da responsabilidade civil objetiva, a qual é mais utilizada à estrutura dos negócios.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO

¹¹⁸Ibidem, p. 32.

¹¹⁹DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2022, p. 15. E-book. ISBN 9786555598650. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598650/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

¹²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 479**. Data de Julgamento: 27 jun. 2012, Dje 01 ago. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27479%27.num.&O=JT>. Acessado em: 29 out. 2022.

A medicina é a forma pelo qual o médico consegue tratar as diversas enfermidades do cidadão. É certo que o principal sentido da medicina é a busca pela saúde do paciente, uma vez que o emprego da medicina faz com que seja possível a sobrevivência do paciente em frente a diversos problemas de saúde.

Dito isso, a única forma de exercer a profissão é com extrema excelência, uma vez que o erro de um médico, em diversos casos, além de ficar sujeito a sanções administrativas, cíveis e penais, pode também acarretar na morte do paciente em razão do erro cometido pelo médico.

Conforme presente no dicionário Aurélio, a palavra *medicina* tem como significado “Arte e ciência de diagnosticar as doenças, preveni-las e trata-las”, deste modo, cabe ao médico zelas e trabalhar pelo feito ético da medicina, prestígio e bom conceito da profissão, tendo como alvo de sua atenção a saúde do ser humano, agindo com total zelo, sendo os princípios fundamentais da medicina de acordo com o Código de Ética de Medicina.

I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

III - Para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.

IV - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão.

Para exercer a profissão da medicina, o médico tem a necessidade de possuir conhecimento acerca dos princípios fundamentais presentes no Código de Ética de Medicina, assim como seu deveres e obrigações, sendo indispensável o diploma de medicina em uma universidade que seja reconhecida pelo Departamento de Saúde Pública, além disso deve respeitar as regras presentes no Conselho de medicina, devendo tirar o seu registro no Conselho Regional de Medicina – CRM, uma vez que é condicional ao exercício da profissão, conforme presente no artigo 17 da Lei nº 3.268/1957 – Conselho de Medicina.

Art. 17. Os médicos só poderão exercer legalmente a Medicina, em qualquer de seus ramos de especialidade, após o prévio registro de seus diplomas, certificados ou cartas do Ministério da Educação e Cultura, e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade.

Apesar de todos esses regulamentos presentes para o exercício da medicina, o médico ainda está sujeito ao artigo 15 do Código Civil, o qual diz que o médico possui o dever de informação, sendo responsável pelas informações que busca do paciente, devendo sempre informar o paciente de seus estado, de modo claro e que seja de sua total compreensão, assim como estágio da doença e formas de tratamento da mesma, conforme previsto no artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Além do dever de informação, o médico também possui a obrigação de coletar o consentimento do paciente para que seja realizado o tratamento da respectiva enfermidade presente pelo cliente, podendo responder civilmente pela realização do tratamento sem a anuência da vítima, conforme julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo no qual foi configurada responsabilidade civil subjetiva ao médico em virtude da realização do tratamento da doença sem a coleta do consentimento do paciente, sendo, o médico, obrigado a indenizar o paciente por ter realizado uma cirurgia, mesmo que posteriormente necessária, sem o consentimento do paciente, visto que a cirurgia não poderia ter acontecido sem a prévia anuência do mesmo.¹²¹ Deste modo, entende-se que é de extrema importância que a comunicação existente entre médico e paciente seja o mais clara possível, devendo sempre o médico dar o diagnóstico ao paciente de forma clara, fornecendo ao mesmo todas as informações, assim como dar ao paciente o poder de escolha a respeito da realização ou não do tratamento, assim como a possibilidade de escolha entre as várias formas de tratamento presentes para se tratar de uma mesma doença, tudo isso sob pena de responder civilmente.

121 TJSP – Apelação Cível nº 000137-38.2003.8.26.0596. Processo nº000137-38.2003.8.26.0596. 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Mônica de Carvalho. jul.14.05.2018. publ. 14.05.2018.

Conforme dito anteriormente, toda relação jurídica que resulte em dano gera responsabilidade, seja esta responsabilidade civil ou responsabilidade, surgindo a obrigação de ressarcimento e reparação do que foi lesado, tornando a relação entre os agentes novamente equilibrada. Contudo, não se deve confundir os conceitos de obrigação com responsabilidade, no qual, segundo Carlos Roberto Gonçalves “obrigação é sempre um dever originário; enquanto responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüentemente à violação do primeiro” (GOLÇALVES, 2022, p. 8).

No caso de responsabilidade médica, esta pode ocorrer por imprudência, negligência ou imperícia, na qual, independente do que resultou o ato ilícito, haverá a obrigação de ressarcimento em virtude dos erros cometidos. No caso de trabalho médico pode haver responsabilidade civil tanto jurídico quanto moral, sendo no campo jurídico correspondente a área penal e civil, sendo penal quando o médico infringir uma lei, ou no caso de responsabilidade civil no caso do indivíduo se sentir ofendido.

Todas as ilicitudes realizadas por médicos que não se encaixam nos parâmetros das Ciências Médicas poderão ser puníveis civilmente e criminalmente, podendo a vítima oferecer denúncias no Conselho Federal de Medicina, Delegacia de Polícia e Ministério Público. Na mesma direção de pensamento a respeito da obrigação de reparação está Maria Helena Diniz, onde disserta:

Com base nessas considerações poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal (DINIZ, 2022, p. 23)

Ou seja, o profissional da saúde que cometer uma falha profissional será responsável por arcar com as consequências dos atos lesivos que cometeu, seja criminalmente ou civilmente, de acordo com a natureza de seu ato lesivo. Contudo, o erro médico pode ser considerado como uma falha no exercício de sua profissão, o que resulta em um resultado adverso do que se era esperado pelo paciente, podendo muitas vezes resultar no óbito do paciente.

Há diversas teses a respeito da responsabilidade civil no erro médico. O Código Civil e Código de Defesa do Consumidor trazem a tese de que a relação médico/paciente é uma relação contratual, sendo que ao não se conseguir curar um paciente ocorre um inadimplemento da parte do médico com o cliente, visto que o resultado não fora alcançado, assim como a relação entre médico/paciente pode ser caracterizada como uma relação de prestação de serviços, se encaixando no Código de Defesa do Consumidor, uma

relação de consumo na qual o hospital é o prestador de serviço e o paciente o consumidor. Contudo, apesar de haver uma relação contratual, a incidência de culpa dependerá dos meios utilizados pelo médico para se chegar ao resultado esperado, logo é de extrema dificuldade, para leigos, notar quando ocorre um erro médico, com exceção dos erros grosseiros.

Contudo, a principal tese utilizada no caso da relação médico/paciente é a tese de “meio”, no qual importa ao médico fazer todo o possível para tentar chegar ao resultado de curar o paciente, entretanto a sua responsabilidade não está atrelada ao resultado obtido. Sendo assim, cabe ao médico a utilização dos meios e procedimentos corretos para que possa atingir o resultado final de cura do paciente, entretanto, caso este não seja atingido não será sua culpa e não terá responsabilidade sobre isto, desde que não tenha realizado nenhum ato ilícito, restando culpa ao médico no caso de imprudência, negligência e imperícia, conforme previsto no artigo 951 do Código Civil, conforme se lê abaixo:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Sendo assim, a responsabilidade civil no erro médico se caracteriza apenas na ocorrência de culpa, o que caracteriza como responsabilidade subjetiva, sendo necessária a comprovação de culpa por parte do médico. Contudo, a responsabilização do médico se inicia desde o momento da consulta do paciente, ficando sujeito à responsabilidade por qualquer erro que tenha cometido, como por exemplos diagnósticos errados, dosagens erradas de remédio, procedimentos errados, todo procedimento que venha a causar um dano ao paciente.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi exposto no artigo em questão, percebe-se que o médico pode ser responsabilizado por seu erro tanto na esfera cível quanto na esfera criminal. Médicos são profissionais autônomos que exercem a medicina de acordo com o desejo do paciente, desta forma é totalmente responsável pelo erro que comete em qualquer um que seja o procedimento realizado pelo mesmo.

A relação entre médico e paciente será sempre um risco para o próprio paciente em razão da sua vulnerabilidade e situação de enfermidade, sendo que na maioria das vezes trata-se de uma relação contratual entre médico e paciente no caso deste atendê-lo

em seu consultório, contudo, há situações que são também extracontratuais, caso em que o médico precisa agir mesmo sem a anuência da vítima para salvar a sua vida.

No caso da relação entre médico/paciente/hospital, o médico é um prestador de serviço, devendo exercer com maestria o seu ofício, uma vez que em razão de um erro médico o paciente pode ter a sua vida alterada para sempre, como é o caso de te um membro de seu corpo amputado.

Todavia, o médico possui apenas responsabilidade de meio, ou seja, a sua obrigação é em empregar todas as medidas cabíveis para que se cure a enfermidade do paciente, não ficando responsável pelo resultado que o paciente irá apresentar, desde que realizado todos os procedimentos de forma correta.

No caso de o médico não realizar estes procedimentos de maneira correta, agindo com negligência, imprudência ou imperícia, este ficará sujeito a ter de reparar o dano causado ao paciente, o que implica a responsabilidade subjetiva, uma vez que apenas será responsável se confirmado a presenta de um ato ilícito, tendo nexos causal, dano e culpa em suas ações, significando que não serão todos os erros que acarretarão em responsabilidade do médico em face do paciente, devendo os mesmos serem analisados de forma isolada para apenas após confirmada a empregabilidade da culpa responsabilizar o médico pelo seu erro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Autoridade Nacional de Tratamento de Dados Pessoais. **Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado**. Brasília, DF, mai. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/inclusao-de-arquivos-para-link-nas-noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf. Acesso em 03 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2022**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 06 nov. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2011. E-book. ISBN 9786559770823. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770823/>. Acesso em: 01 nov. 2022.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2022. E-book. ISBN 9786555598650. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598650/>. Acesso em: 29 out. 2022.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro v 4** - responsabilidade civil. Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555590500. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/>. Acesso em: 30 out. 2022.

PEREIRA, Caio Mario da S. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530980320. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **Apelação Cível 1001358-07.2019.8.26.0005**. Relator (a): Moraes Pucci. Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado. Foro Regional V - São Miguel Paulista - 3ª Vara Cível. Data do Julgamento: 31 out. 2022. Data de Registro: 31 out. 2022.

AS MODALIDADES DE PROVIMENTO ORIGINÁRIO DAS FORÇAS ARMADAS E DENTRE AS QUAIS SÃO ACOMETIDAS PELA INCONSTITUCIONALIDADE

ADRIELLE DE OLIVEIRA ROSENDO FERNANDES:

Pós-Graduanda em Direito Administrativo pela Faculdade de Ensino de Minas Gerais.¹²²

RESUMO: O presente estudo trata das modalidades de provimento originário das Forças Armadas e dentre as quais são acometidas pela inconstitucionalidade. Na Atualidade, diante da crise que assola o país com 9 milhões de desempregados, não se pode admitir que o Poder Público, sobretudo as Forças Armadas, com a roupagem de instituição de máxima credibilidade do país, possa cometer arbitrariedades, quanto às regras do concurso público. As diversas modalidades de admissão aos cargos das Forças Armadas é um assunto pouco debatido na sociedade, e, desta forma, é quase que imperceptível visualizar a linha tênue existente entre a legalidade e a ilegalidade. O trabalho apresenta de modo sucinto a estrutura da administração pública e o seu conceito. Expõe a importância do concurso público de provas ou de provas e títulos, para o provimento de cargos e empregos públicos, tanto na esfera federal quanto nas esferas estaduais e municipais, seja na órbita civil, seja na militar, com as exceções admitidas em lei. A realização do certame público ratifica o acatamento dos princípios e garantias constitucionais, tais como, o princípio da meritocracia, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência. À vista disso, o procedimento administrativo de certame, propicia que todos os interessados concorram em paridade de chances aos provimentos das vagas previstas no edital. Por conseguinte, foi analisado a estrutura das Forças Armadas, sua missão e seus servidores. E, logo em seguida, foi desvendado as modalidades de provimento, quais sejam, os concursados de carreira, os provenientes do serviço militar obrigatório, os militares do serviço militar voluntário – temporários – e os militares em concurso interno. Em continuidade, perfaço a discorrer os requisitos e as peculiaridades para nomeação nestes cargos, aponto as ilegalidades cometidas e os acertos. Apresento a controvérsia do concurso interno no âmbito dos militares, com o consequente ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, por intermédio da Procuradoria-Geral da República, que pode colocar um ponto final neste assunto. Por fim, esclarece-se os prejuízos que possa causar a sociedade, quanto à inobservância dos ditames constitucionais relativos ao concurso público.

Palavras-chave: Concurso Público. Forças Armadas. Inconstitucionalidade. ADI nº 5249/DF. Provimento originário.

122 Contato: adriellerosendo.adv@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Administração Pública. 3. Concurso Público; 3.1 Princípios norteadores do concurso público; 3.1.1 Princípios Básicos; 3.1.1.1 Princípio da supremacia do interesse Público; 3.1.1.2 Princípio da indisponibilidade do interesse público; 3.1.2 Princípio Expressos; 3.1.2.1 Princípio da legalidade; 3.1.2.2 Princípio da impessoalidade; 3.1.2.3 Princípio da Moralidade; 3.1.2.4 Princípio da Publicidade; 3.1.2.5 Princípio da Eficiência; 3.1.3 Princípios implícitos; 3.1.3.1 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade; 3.2 Exceções ao concurso público; 3.3 Concurso Interno. 4. As Forças Armadas; 4.1 Membros das Forças Armadas; 4.2 Os Oficiais; 4.3 As Praças. 5. Formas de ingresso nas Forças Armadas e dentre as quais são acometidas pela inconstitucionalidade; 5.1 Militares de carreira; 5.1.1 Curso de Formação de oficiais; 5.1.2 Escolas de nível superior; 5.1.3 Curso de Formação de Praças; 5.1.4 Constitucionalidade; 5.2 Alistamento Obrigatório; 5.2.1 Recrutamento; 5.2.2 Centro de Preparação da Reserva; 5.2.3 Constitucionalidade e inconstitucionalidade; 5.3 Militar temporário; 5.3.1 Oficiais temporários; 5.3.2 Praças temporárias; 5.3.3 Constitucionalidade e inconstitucionalidade; 5.4 Oficiais do quadro auxiliar; 5.4.1 Constitucionalidade ou inconstitucionalidade. 6. Danos à sociedade. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema abordado, mas objetiva despretensiosamente, incitar uma efetiva discussão, reflexão e, ainda, um significativo interesse da sociedade sobre assunto tão importante na atualidade.

O propósito deste hodierno estudo nasceu a partir da inquietação, quanto ao provimento originário de cargos públicos nas Forças Armadas, em descompasso com as regras do concurso público e os princípios constitucionais, quer sejam explícitos e implícitos, que regem a administração pública e, conseqüentemente o certame.

Há de se consignar que, na atualidade, na sociedade brasileira, a crise financeira que assola o país, com 09 milhões de desempregados, não se pode admitir os privilégios odiosos. Assim, o concurso público, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, assegura que todos os interessados concorram em igualdade de condições as vagas previstas no edital, com a finalidade de eliminar os favorecimentos pessoais.

Observa-se que as diversas modalidades de ingresso nas Forças Armadas não são de conhecimento geral da sociedade e, desse modo, torna-se imperceptível as irregularidades cometidas pelas entidades da Administração Pública.

Ademais, o presente trabalho objetiva elucidar de uma forma sucinta a estrutura da administração pública, a finalidade do concurso público, os seus princípios, desvendar as

diversas modalidades de ingresso originário nas Forças Armadas e a linha tênue das irregularidades cometidas pelas Forças Armadas.

No primeiro capítulo deste trabalho, disserta-se sobre o conceito de Administração Pública, sua finalidade e a sua estrutura: Administração Direta e Indireta. Desenvolveu-se a diferença entre entidades e órgãos, a fim de identificar que aqueles possuem personalidade jurídica e estes não, razão pela qual não tem capacidade de estar em juízo.

O segundo capítulo, aborda o tema do concurso público de provas ou de provas e títulos, os princípios norteadores do concurso público, bem como as exceções ao concurso público e a vedação dos concursos internos para ocupação de cargos diversos do anteriormente investido.

No terceiro capítulo, expõe-se a estrutura das Forças Armadas, os seus membros, oficiais e praças, as patentes existentes, e os requisitos para ocupação destes cargos.

No quarto capítulo, são mencionados todas as modalidades de ingresso nas Forças Armadas, quais sejam: os militares de carreira; os do serviço militar obrigatório (alistamento); os do serviço militar voluntário (temporários); e os oficiais do quadro auxiliar, bem como os requisitos, as constitucionalidades e inconstitucionalidades de cada modalidade.

No quinto capítulo, desenvolve os prejuízos quanto à inobservância das regras do concurso público pode acarretar não só à sociedade, uma vez que gera um sentimento de injustiça, como também, a longa permanência dos militares temporários, especializando-se na carreira militar e, posteriormente, com o retorno à vida civil, pode integrar grupos com fins escusos.

Ao final, a pesquisa busca esclarecer alguns pontos e chegar a algumas considerações que serão válidas para o direito e, sobretudo, solucionar a desconformidade desarrazoada dentro do provimento aos cargos nas Forças Armadas.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Toda prática administrativa do Estado se desenvolve, direta ou indiretamente, por meio de atuação de órgãos, entidades públicas e seus respectivos agentes. Segundo o professor Matheus Carvalho, em seu Livro Manual de Direito Administrativo, assim, ensina:

A expressão Administração Pública, em sentido formal, orgânico ou subjetivo, designa o conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa, independentemente do poder a que pertençam – seja ao Executivo, Judiciário, Legislativo ou a

qualquer organismo estatal. Nesse sentido, a expressão deve ser grafada com as primeiras letras maiúscula.¹²³

Por Sua vez, administração pública (em letra minúscula), embasada no critério material ou subjetivo, se confunde com a função administrativa, devendo ser entendida como a atividade administrativa pelo Estado, ou seja, a defesa concreta do interesse público. Nesse caso, não se confunde com a função política de Estado, haja vista o fato de que a administração tem competência executiva e poder de decisão comente na área de suas atribuições, sem a faculdade de fazer opções de natureza política.¹²⁴

A Entidade é pessoa jurídica, pública ou privada, compreende tanto as entidades políticas, como as entidades administrativas. Aquelas, formam à Administração Direta, e são compostas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, possuem autonomia política, ou seja, capacidade de legislar e se auto-organizar. As entidades administrativas, que constituem a Administração Indireta, instituídas pelas Autarquia, Fundações Públicas, Sociedade de Economia Mista e Empresas Públicas, conforme o art. 4º, inciso II, do Decreto-lei nº 200/1967. Não gozam de autonomia política, quer dizer, não podem legislar, limitando-se a executar as leis editadas pelas pessoas políticas. Conquanto, não possuem autonomia política, as entidades administrativas detêm autonomia administra, operacional e financeira, isto é, capacidade de gerir os próprios negócios, porém sempre se subordinando às leis postas pelas entidades políticas.

Por sua vez, os órgãos são centros de competência instituído, sem personalidade jurídica, para o desempenho de funções estatais, por meio de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertence.

A característica fundamental da teoria do órgão consiste no princípio da imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. Há, pois, uma relação jurídica externa, entre a pessoa jurídica e outras pessoas, e uma relação interna, que vincula o órgão à pessoa jurídica a que pertence.¹²⁵

Ante a fixação dessas premissas, pode-se conceituar o órgão público como o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo

123 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 36.

124 CARVALHO, op. cit., p.37

125 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 13

integrado por agentes que, quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado.¹²⁶

Em resumo, a distinção básica entre órgão e entidade é que esta possui personalidade jurídica própria e aquele não.

As Entidades e os Órgãos Públicos não possuem vontade própria, portanto são necessárias pessoas físicas que têm a função de movimentar a máquina pública. Assim, as pessoas físicas que ocupam os diversos cargos e funções públicos são denominadas, em sentido amplo, agentes públicos na qual são espécies: os agentes políticos, servidores públicos, militares e os particulares em colaboração com o Poder Público.

Em particular, os agentes políticos estão no escalão, são investidos por meio do voto ou cargo em comissão, estes de livre nomeação e exoneração. É, mister salientar que os servidores públicos e os militares para ingresso em cargo público, é necessário o concurso público, o que analisaremos adiante.

Por fim, os particulares por colaboração, assim definidos pela douta Maria Sylvia Zanella di pietro: “Nesta categoria entram as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração.”¹²⁷

3. CONCURSO PÚBLICO

Concurso Público é um processo que a administração pública dispõe, para selecionar os melhores candidatos, a fim de que sejam ocupados as diversas funções e cargos públicos.

No processo seletivo, são escolhidos os melhores candidatos em ordem de classificação. Essa ferramenta permite a meritocracia, pois todos candidatos disputam em igualdade de condições e, assim, são nomeados aqueles mais pontuados no certame.

O concurso público pode ser de provas ou de provas e títulos, consoante redação do Artigo 37, inciso II, CRFB. Ensina, o saudoso José dos Santos Carvalho Filho, em seu livro Manual de Direito Administrativo que não é possível o concurso meramente pautado em provas de títulos:

O concurso pode ser de provas ou de provas e títulos. Atualmente não mais é juridicamente possível o concurso apenas de títulos,

¹²⁶ FILHO, *op. cit.*, p. 15

¹²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*

. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.

741

porque esta forma de seleção não permite uma disputa em igualdade de condições. A regra do concurso está no art. 37, II, da CF. A EC nº 19/1998, que implementou a reforma do Estado, alterou o dispositivo, introduzindo alteração no sentido de que o concurso público de provas ou de provas e títulos se faça “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.”¹²⁸

Tal instituto, respalda-se em princípios básicos, expressos e implícitos que regem a Administração Pública. Os princípios são de observância obrigatória por toda Administração Pública direta e indireta, sejam entidades, órgãos e seus agentes, sendo assim, não pode a Administração Pública deixar de cumpri-los, sob qualquer tipo de argumento.

3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CONCURSO PÚBLICO

Os princípios são ideias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão no seu modo de organizar-se. Assim, exercem um papel indispensável para o Direito Administrativo, possibilitando à Administração pública e ao Poder Judiciário instituir a necessária estabilidade entre as prerrogativas da Administração e os direitos dos administrados.

O Concurso público pauta-se em princípios, consoante redação do art. 37, caput, da CRFB, estabelece de forma expressa, princípios que devem ser observados por toda a Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Inobstante, até mesmo os particulares que tenham vínculo com o Poder Público, como, por exemplo, as Organizações Sociais que recebem recursos públicos devem tomar como norte os princípios da administração pública.

Todavia, existem princípios que não estão elencados de forma expressa na CRFB, mesmo assim, devem ser observados, os chamados princípios reconhecidos, dentre os quais destacam-se, os princípios básicos e os implícitos.

3.1.1 PRINCÍPIOS BÁSICOS

Elucida-se que o Direito Administrativo rege-se por dois princípios basilares, pois, a partir deles, formam-se os demais, a saber: indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público, estes, fundadores da bipolaridade: as atribuições e retenções outorgadas à Administração.

128 FILHO, *op. cit.*, p. 651

3.1.1.1 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Por força desse princípio, nas relações em que o Estado figure como representante da coletividade, seus interesses devem prevalecer sobre os particulares. É inerente à atuação estatal e denomina na medida em que a existência do Estado, justifica-se pela busca do interesse geral.

Cumprido esclarecer que atividade administrativa, com a inobservância do interesse público, acarreta em vício, denominado desvio de finalidade, melhor dizendo, embora o agente público seja investido de competência, este atua fora dos limites da destinação pública, conseqüentemente, visa tão somente o interesse privado.

3.1.1.2 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O elencado princípio, impede que administração pública deixe de observar o interesse público. Os seus agentes não podem atuar com interesse particular, a bel-prazer. Uma vez ocorrendo o interesse para a coletividade, o interesse público deve ser aplicado em detrimento do particular.

Este princípio define os limites da atuação administrativa e decorre do fato de que a impossibilidade de abrir mão do interesse público deve estabelecer ao administrador os seus critérios de conduta. De fato, o agente estatal não pode deixar de atuar, quando as necessidades da coletividade assim o exigirem, uma vez que suas atividades são necessárias à satisfação dos interesses do povo.¹²⁹

3.1.2 PRINCÍPIOS EXPRESSOS

No que tange o acatamento dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, expressos na CRFB, em seu art. 37, caput, não existe excepcionalidade por parte da administração para deixar de aplicá-los.

A doutrina classifica como “expressos” apenas os princípios elencados no art. 37 da CRFB. Todos, os demais, inclusive os previstos em normas infraconstitucionais, são considerados princípios implícitos, uma vez que são decorrência lógica das disposições da Carta Magna.

3.1.2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

¹²⁹ CARVALHO, op. cit., p.65

O princípio da legalidade sucede de duas vertentes, a saber, aquela que atinge os particulares e a que rege a administração pública. O particular, a grosso modo, pode fazer tudo aquilo que não está proibido em lei, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB, in verbis: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹³⁰

Por seu turno, a administração só pode realizar suas condutas, quando da existência de lei permissiva. Os seus executores devem observar a lei, no limites de seus poderes vinculados ou discricionários. Este, a lei da margem de escolha ao agente, deixando a cargo do administrador a conveniência e a oportunidade e, o primeiro, a lei não deixa margem de escolha, devendo cumpri-la, na íntegra.

Quanto aos chamados poderes discricionário e vinculado, não existem como poderes autônomos; a discricionariedade e a vinculação são, quando muito, atributos de outros poderes ou competências da Administração. O chamado “poder vinculado”, na realidade, não encerra “prerrogativa” do Poder Público, mas, ao contrário, dá ideia de restrição, pois, quando se diz que determinada atribuição da Administração é vinculada, quer-se significar que está sujeita à lei em praticamente todos os aspectos. O legislador, nessa hipótese, preestabelece todos os requisitos do ato, de tal forma que, estando eles presentes, não cabe à autoridade administrativa senão editá-lo, sem apreciação de aspectos concernentes à oportunidade, conveniência, interesse público, equidade. Esses aspectos foram previamente valorados pelo legislador. A discricionariedade, sim, tem inserida em seu bojo a ideia de prerrogativa, uma vez que a lei, ao atribuir determinada competência, deixa alguns aspectos do ato para serem apreciados pela Administração diante do caso concreto; ela implica liberdade a ser exercida nos limites fixados na lei. No entanto, não se pode dizer que exista como poder autônomo; o que ocorre é que as várias competências exercidas pela Administração com base nos poderes regulamentar, disciplinar, de polícia, serão vinculadas ou discricionárias, dependendo da liberdade, deixada ou não, pelo legislador à Administração Pública.¹³¹

Note-se que o concurso público está previsto na Constituição, em seu art. 37, assim, a única margem de escolha que o constituinte originário deixou ao administrador público foi a realização do certame por meio de prova ou de provas e títulos. Executá-lo, apenas

130 BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º, inciso II.

131 DI PIETRO, *op. cit.*, p.160

por títulos, seria uma arbitrariedade, uma violação ao princípio da legalidade e, conseqüentemente à Constituição. Deste modo, o concurso só pode ser realizado por provas ou por provas e títulos.

3.1.2.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Considerando que o interesse público é perspectiva da impessoalidade, os seguintes aspectos devem ser observados: dever de isonomia por parte da Administração Pública, dever de conformidade aos interesses públicos e vedação à promoção pessoal dos agentes públicos.

O primeiro aspecto, a isonomia é o mais importante para análise da discussão, visto que os atos administrativos devem ser praticados tencionando o interesse público e não os interesses pessoais do agente ou de terceiros. Veda, assim, que a Administração Pública beneficie ou prejudique esta ou aquela pessoa em especial. A isonomia visa a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontre em situação idêntica, sem favorecimentos ou discriminações de qualquer espécie.

Por essas razões, o Poder Constituinte Originário fez constar no texto da constituição, a exigência do concurso público como condição para o ingresso em cargo efetivo ou emprego público. Tal instituto tem a finalidade de fazer justiça, dando oportunidades iguais a todos.

Cumpra esclarecer que a isonomia é mitigada e um assunto polêmico. No primeiro ponto, a igualdade pode ser formal ou material. Esta visa a igualdade real, tratando os iguais com igualdade e os desiguais, à medida e proporção de suas desigualdades. No que concerne a igualdade formal, todos devem ser tratados de maneira igual, sem quaisquer distinções. Na atualidade, o que prevalece é a igualdade material.

No segundo ponto, o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 e o Recurso Extraordinário nº 597.285 - Rio Grande do Sul e considerou constitucional o critério de sistema de cotas, em que prevê reserva de vagas pelo critério étnico-raciais para ingresso em concurso e nas universidades públicas, com argumento de que tal política de inclusão social visa corrigir desigualdades oriundas do tempo, nos momentos obscuros do país. O Ministro Ricardo Lewandowski, relator da ADPF nº 186, voto vencedor por unanimidade, atento ao fato do critério étnico-racial, considerou que:

Essa metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria

sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. Ademais, essa metodologia parte da premissa de que o princípio da igualdade não pode ser aplicado abstratamente, pois procede a escolhas voltadas à concretização da justiça social. Em outras palavras, cuida-se, em especial no âmbito das universidades estatais, de utilizar critérios de seleção que considerem uma distribuição mais equitativa dos recursos públicos.¹³²

Conquanto, ressalta-se que a discussão está longe de ser pacífica, pois muitos setores da sociedade ainda não concordam com esse entendimento.

3.1.2.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio relacionado exige que os agentes públicos atuem com honestidade, ética, boa-fé, conduta impecável, dentre outros. A moralidade da administração não está limitada ao certo ou ao errado, ao honesto ou ao desonesto, é necessário que haja a finalidade do bem comum.

Ademais, o STF editou a Súmula Vinculante nº 13, a qual impede na sua literalidade, a prática de nepotismo, por outra forma, nomeação de parentes para o exercício de cargos públicos, uma das formas mais comuns da ofensa à moralidade administrativa.

3.1.2.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Pois bem, o princípio da publicidade impõe à Administração Pública a obrigação de dar transparência em seus atos, para o conhecimento de todos. João Trindade e Gustavo Scatolino, em sua obra nos ensina:

É a divulgação oficial do ato, para o conhecimento do público e para o início da produção de seus efeitos (eficácia), bem como permitir o acesso às condutas administrativas. A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Com efeito, a publicidade é condição para a eficácia do ato, pois este só terá condições de produzir efeitos se houver divulgação pelo órgão oficial, quando a lei assim exigir.¹³³

132 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 186 DF. Arguição de Descumprimento de preceito fundamental. Relator: Min Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso: 22 set. 2018.

133 SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual de Direito Administrativo*. 4. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 67

Cumpra deslindar que a publicidade não se confunde com a publicação dos atos. A publicação, em regra, refere-se à divulgação em órgãos oficiais e outros meios de imprensa escrita (diário oficial, boletim interno, jornais contratados para essa finalidade), destarte, é apenas um dos meios de dar publicidade aos atos administrativos. Assim, existem outras formas de dar publicidade ao ato, como, por exemplo, pela televisão e pelo rádio.

Assim, publicidade não se confunde com a publicação de atos na imprensa oficial, Esta é uma forma de publicidade, mas são diversas as formas de publicidade existentes. Em termos mais claros, publicidade é diferente de publicação. A publicação é a divulgação do ato por meios oficiais, trata-se de uma forma de publicidade. Mas a publicidade não se esgota apenas em se publicarem os atos no órgão oficial.¹³⁴

A lei 9784/1999, art.2º, inciso V, versa que, nos processos administrativos, é obrigatória a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição. Conquanto, a transparência seja a regra, o texto constitucional, em seu art. 5º, inciso XXXIII e inciso LX, prevê as hipóteses de sigilo, em que o princípio da publicidade poderá ser restringido: Segurança da Sociedade e do Estado e quando a intimidade ou o interesse social o exigirem.

Feitas essas considerações, é interessante citar que a Constituição Federal elencou institutos jurídicos, com a finalidade de garantir a transparência dos atos administrativos, a exemplo o *habeas data* (art. 5º, inciso LXXII), mandado de segurança (art.5º, inciso LXIX), direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV) e ação popular (art. 5º, LXXXIII).

3.1.2.5 EFICIÊNCIA

Por fim, não menos importante, o princípio da eficiência que obteve o status constitucional com o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998. Exige-se que qualquer atividade administrativa seja empregada com maior produtividade e redução dos desperdícios de dinheiro público, mantendo, assim, a mesma perfeição e presteza. E, também, o princípio da eficiência no âmbito do concurso público permite o acesso de pessoas potencialmente mais preparadas.

A inserção, em 1998, da eficiência como princípio explícito, no caput do art. 37 da Carta da República – artigo aplicável a toda administração pública de todos os Poderes de todas as esferas da Federação, foi consequência da implantação entre nós, que ocorreu

134 SCATOLINO, *op. cit.*, p.67

especialmente a partir de 1995, do modelo de administração conhecido como “administração gerencial”. Pretendia-se que esse modelo de administração substituísse, ao menos parcialmente, o padrão tradicional da nossa administração pública, dita “administração burocrática”, cuja ênfase maior recai sobre o princípio da legalidade.¹³⁵

3.1.3 PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS

Conforme já mencionado, nem todos os princípios que a Administração Pública deve obediência, encontram-se explícitos na Constituição Federal. Muitos estão expostos nas normas infraconstitucionais, enquanto outros não estão positivados. Entretanto, são reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, possuindo, assim, a mesma relevância que os princípios expressos.

3.1.3.1 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Embora, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade sejam empregados como sinônimos, na verdade, existem algumas peculiaridades que os distinguem.

O princípio da razoabilidade tem a finalidade de analisar a compatibilidade entre os meios empregados e os fins visados na prática de um ato administrativo, para que sejam evitados atos arbitrários ou desnecessários.

Já o princípio da proporcionalidade tem o objetivo de conter o excesso de poder, ou seja, os atos públicos que exorbitem os limites adequados ao fim a ser perseguido.

No concurso público, não se admite a prova somente de título. Ademais, os títulos devem servir como um critério de classificação e não apenas como requisito de habilitação. No entendimento do STF¹³⁶, as pontuações atribuídas aos títulos, devem observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com a finalidade de evitar a supervalorização dessa etapa. Caso contrário, haveria margem para se exigir determinados títulos com escopo de beneficiar determinada pessoa ou grupo de candidatos possuidores desses títulos.

135 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 25. Ed. São Paulo: Forense, 2016.

136 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 35522 DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min Marco Aurélio. Brasília, 24 de novembro de 2005. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14735554/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3522-rs>>. Acesso: 05 out. 2018.

3.2 EXCEÇÕES AO CONCURSO PÚBLICO

Como ficou claro, para ocupar um cargo público necessita-se, antes, estar previamente aprovado em concurso público. Por outro lado, existem cargos que a aprovação em concurso não é exigida, alguns exemplos:

_ Cargos em comissão, os quais são de livre nomeação e exoneração com base em critérios subjetivos da autoridade competente;

_ Contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

_ Cargos eletivos, os chamados agentes políticos e Ministros de Estado;

_ Integrantes do quinto constitucional dos Tribunais Judiciários e Ministros do Supremo Tribunal Federal; dentre outros.

Há algumas situações especiais em relação às quais a Constituição dispensa a aprovação prévia em concurso público pelo servidor. Note-se, porém, que tais situações são excepcionais e atendem apenas à estratégia política do Constituinte.¹³⁷

3.3 CONCURSO INTERNO

O concurso interno é o processo seletivo que ocorre dentro da administração pública, por meio do qual permite a participação apenas dos seus servidores públicos. Pelo sentido vernacular da palavra, essa modalidade de certame não pode ser tido como concurso público, posto que a participação dos candidatos é de caráter limitado.

O professor Matheus Carvalho, em sua obra, ensina que "(...) não se admite qualquer espécie de provimento derivado que permita ao servidor assumir cargo em outra carreira que não aquela em que foi regularmente investido por meio de concurso".¹³⁸

O STF por meio da súmula vinculante nº 43, dispõe que é inconstitucional qualquer modalidade de ingresso que permita ao servidor, sem prévia aprovação em concurso público, em cargo que não integrada a sua carreira, anteriormente investido".

137 FILHO, *op. cit.*, p.656

138 CARVALHO, *op. cit.*, p.796

Tendo em vista, e como é notório, não se admitem os chamados concursos internos, deste modo, antigos servidores não podem assumir cargos em nova carreira na qual não foi nomeado mediante concurso.

4. AS FORÇAS ARMADAS

A Marinha do Brasil, o Exército Brasileiro e a Força Aérea Brasileira compõem as Forças Armadas da República Federativa do Brasil, são instituições regulares e permanentes, cujos alicerces são pautados na hierarquia e a disciplina, têm como missão principal a defesa da pátria e a garantia do Poderes Constitucionais, da Lei e da Ordem. Utilizando da lição de José Afonso da Silva:

Essa posição constitucional das Forças Armadas importa afirmar que não poderão ser dissolvidas, salvo por decisão de uma Assembleia Nacional Constituinte. E, sendo regulares, significa que deverão constar em seus efetivos suficientes ao seu funcionamento normal, por via do recrutamento constante, nos termos da lei.¹³⁹

São Órgãos da Administração Pública com credibilidade máxima, nove em cada dez pessoas declararam confiar nas Forças Armadas, segundo pesquisa realizada pelo Data Folha em 15/06/2018¹⁴⁰. Subordinadas ao Ministério da Defesa, têm como Comandante Supremo, o Presidente da República. Participaram de fatos relevantes da história do país, dentre os quais, destacam-se, a Guerra do Paraguai, a escolta da Família Real para o Brasil de correntes das Guerras Napoleônicas, a Pacificação das Províncias que não aderiram a Independência do Brasil de imediato, a Primeira e a Segunda Guerra Mundial e, recentemente, a pacificação no Haiti.

4.1 MEMBROS DAS FORÇAS ARMADAS

Os membros das Forças Armadas, Oficiais e Praças, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares. Não podem fazer greve, não podem fazer parte de sindicato, não têm direito a horas extras, fundo de garantia por tempo de serviço, tão pouco adicional de periculosidade e insalubridade. Estão sujeitos ao regulamento militar 24 horas por dia, mesmo na reserva remunerada.

Os agentes militares formam uma categoria à parte entre os agentes políticos na medida em que as instituições militares são organizadas com base na hierarquia e na disciplina. Aqueles que compõem os

139 DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 773

140Disponível em: <<https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2018/06/1971972-partidos-congresso-e-presidencia-sao-instituicoes-menos-confiaveis-do-pais.shtml>> Acesso em 09 nov. 2018.

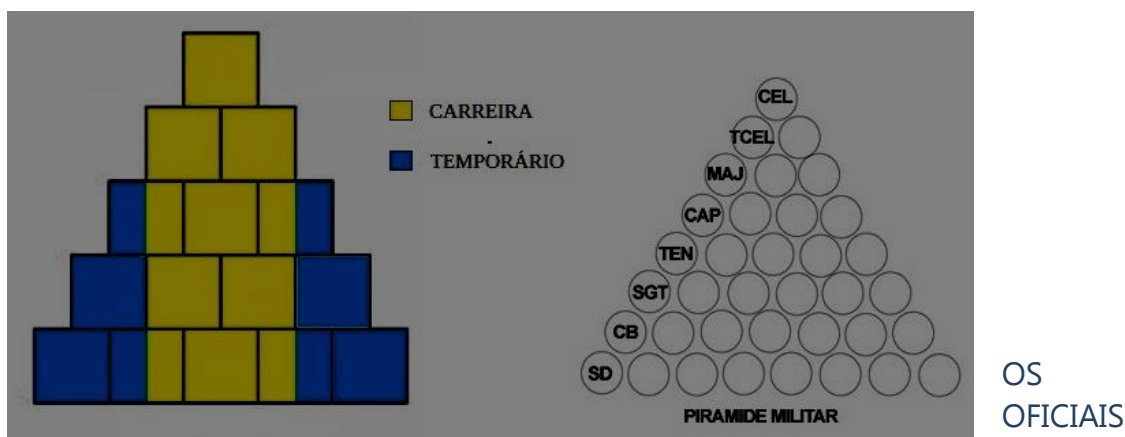
quadros permanentes das forças militares possuem vinculação estatutária, e não contratual, mas o regime jurídico é disciplinado por legislação específica diversa da aplicável aos servidores civis.¹⁴¹

A hierarquia das Forças Armadas estão organizados em Oficiais e Praças. Eles podem ser de Carreira, do Serviço Militar Obrigatório (alistamento) ou do Serviço Militar Voluntário (temporário). A situação em que se encontram podem ser: na atividade, quando estão exercendo regularmente suas funções ou na inatividade, quando na reserva não remunerada, reserva remunerada ou reformados.

Como toda instituição, as Forças Armadas são estruturadas como se fossem uma pirâmide, quer dizer, os cargos mais baixos formam a base, até o alto grau hierárquico de suas patentes. Aqui verifica-se uma grande dificuldade, para que haja um fluxo na carreira, devido ao seu enorme efetivo.

No intuito de minimizar esse problema e objetivando a preservação de um quadro de reserva de pessoal, em caso de guerra declarada, foram criados os cargos temporários. Nesse sentido, os militares de carreira são distribuídos em todas as patentes subsequentes, como se fossem um cilindro dentro da pirâmide imaginária, devendo observar, no momento em que ocupam estes cargos, a necessária rigidez física, uma vez que a força humana tem um baixo rendimento à medida que o tempo passa. Assim, os Temporários complementam esse cilindro para que se construa essa pirâmide. No sentido de melhor ilustrar a elucidação supracitada, o desenho a seguir representa essa sistemática:

4.2



141 MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 812

Os Oficiais das Forças Armadas, cargo exclusivo de brasileiros natos, classificados por postos, são preparados ao longo da carreira para o exercício de funções de comando, de direção e de chefia.

São milicianos detentores de postos e de patentes militares, preparados, ao longo da carreira, para o exercício de funções de comando, chefia e direção. Estão agrupados em quatro círculos hierárquicos, a saber: o dos oficiais subalternos, oficiais intermediários, oficiais superiores e o dos oficiais generais. O cargo de oficial das Forças Armadas é privativo de brasileiros natos.¹⁴²

Na Marinha do Brasil, há os seguintes postos na ordem crescente de Oficiais : Segundo-Tenente, Primeiro-Tenente, Capitão-Tenente, Capitão de Corveta, Capitão de Fragata, Capitão de Mar e Guerra, Contra-Almirante, Vice-Almirante, Almirante de Esquadra e Almirante.¹⁴³

No Exército Brasileiro: Segundo-Tenente, Primeiro-Tenente, Capitão, Major, Tenente-Coronel, Coronel, General de Brigada, General de Divisão, General de Exército e Marechal.¹⁴⁴

Na Força Aérea: Segundo-Tenente, Primeiro-Tenente, Capitão, Major, Tenente-Coronel, Coronel, Brigadeiro, Major-Brigadeiro, Tenente-Brigadeiro e Marechal do Ar.¹⁴⁵

4.3 AS PRAÇAS

As Praças, classificados por graduação, são elementos de execução de serviços, que auxiliam ou complementam as atividades dos oficiais. Na Marinha, no Exército e na Aeronáutica têm as seguintes graduações, em suas carreiras: Soldado ou Marinheiro, Cabo, Terceiro-Sargento, Segundo-Sargento, Primeiro-Sargento, Suboficial ou Subtenente.

5. AS FORMAS DE INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS E DENTRE AS QUAIS SÃO ACOMETIDAS PELA INCONSTITUCIONALIDADE

142 ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 243

143 BRASIL. *Postos e Graduações*. Disponível em: <<https://www.marinha.mil.br/content/postos-e-graduacoes>>. Acesso em: 21 de nov. 2018.

144 BRASIL. *Postos e Graduações*. Disponível em: <http://www.eb.mil.br/postos-e-graduacoes/-/asset_publisher/DQlwHsMH8YR7/content/exercito?inheritRedirect=false>. Acesso em: 21 de nov. 2018.

145 BRASIL. *Postos e Graduações*. Disponível em: <<http://www2.fab.mil.br/afa/index.php/postos-e-graduacoes>>. Acesso em: 21 de nov. 2018.

5.1 DO PROVIMENTO DOS MILITARES DE CARREIRA

Os militares de carreira são nacionais, homens e mulheres que prestam concurso público de prova ou de provas e títulos, para serem Oficiais ou Praças. São promovidos ao longo da carreira, ocupando as diversas patentes militares, para que se respeite as limitações físicas e intelectuais que cada posto e graduações exigem.¹⁴⁶

Consoante a relevância para o presente trabalho, discorre-se adiante sobre as três espécies de ingresso nas Forças Armadas no que tange ao gênero, militares de carreira, quais sejam: Curso de Formação de Oficiais, Escolas de Nível Superior para Formação de Oficiais e Curso de Formação de Praças.

5.1.1 CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS

Para ser tornar um oficial das Forças Armadas, o brasileiro nato, com nível superior na área de interesse da força, aprovados em concurso público para uma das Instituições de ensino de formação de Oficiais da Marinha¹⁴⁷, do Exército¹⁴⁸ e da Aeronáutica¹⁴⁹. O curso tem duração de um ano e, após a conclusão são nomeados a Segundo ou Primeiro-Tenente, dependendo de cada nível superior, podendo chegar ao cargo máximo da carreira - Oficial General. São avaliados, após 5 anos de oficialato, para que possam alcançar a vitaliciedade.

5.1.2 ESCOLAS DE NÍVEL SUPERIOR PARA FORMAÇÃO DE OFICIAIS

Para cursar uma graduação de ensino superior na Escola Naval¹⁵⁰, na Academia Militar das Agulhas Negras¹⁵¹ ou na Academia da Força Aérea¹⁵², podem ser de duas maneiras: A primeira é prestando concurso diretamente para a instituição de ensino

146 BRASIL. *Carreira Militar*. Disponível em: <<https://www.marinha.mil.br/content/carreira-militar>>. Acesso em: 12 de out. 2022.

147 BRASIL. *Corpo Auxiliar*. Disponível em: <<https://www.marinha.mil.br/sspm/?q=carreira-naval/oficiais-corpo-auxiliar>>. Acesso em: 12 de out. 2022.

148 BRASIL. *Notícias Concurso 2018*. Disponível em: <<http://www.esfcex.eb.mil.br/index.php/concursos-esfcex?layout=edit&id=198>>. Acesso em: 12 de out. 2022.

149 BRASIL. *Formas de ingresso*. Disponível em: <<http://www.fab.mil.br/ingresso>>. Acesso em: 12 de out. 2022.

150 BRASIL. *Escola Naval*. Disponível em: <<https://www.marinha.mil.br/en/>>. Acesso em: 12 de out. 2022.

151 BRASIL. *Academia Militar das Agulhas Negras*. Disponível em: <<http://www.aman.eb.mil.br/>>. Acesso em: 21 de out. 2018.

152 BRASIL. *Academia Força Aérea Brasileira*. Disponível em: <<http://www2.fab.mil.br/afa/>>. Acesso em: 21 de out. 2018.

superior da respectiva Força Armada ou para as escolas militares de ensino médio, nas quais jovens de 15 a 18 anos de idade, concludentes ingressam diretamente na escola de nível superior.

O tempo de duração do curso superior são de 5 anos, em regime de semi-internato, os alunos são liberados das atividades escolares, às sextas-feiras e o seu retorno ocorre normalmente no domingo à noite. E, após, a conclusão do ciclo escolar, são nomeados ao posto de Segundo-Tenente.

5.1.3 CURSO DE FORMAÇÃO DE PRAÇAS

As praças das Forças Armadas são brasileiros, com conclusão em nível médio aprovados no certame. As Graduações iniciais para preenchimento de vagas são de Soldado, Cabo ou Sargento. A MB é a única Força que possui concurso para as graduações de Soldado/ Marinheiro e cabo.¹⁵³ Para as graduações de Sargento as três Forças possuem concurso público de provas, para as Escola de Sargento das Armas (EsSA), no EB, Escola Especialistas da Aeronáutica (EEAr), na FAB, e para o Centro de Instrução de Almirante Alexandrino (CIAA).

5.1.4 DA CONSTITUCIONALIDADE DO PROVIMENTO DOS MILITARES DE CARREIRA

Neste contexto, o ingresso dos militares de carreira segue os ditames do concurso público e não há nenhuma ofensa aos princípios que os rege. Sendo assim, em outras palavras, são observados o certame público de provas ou de provas e títulos.

5.2 DO PROVIMENTO DOS MILITARES DO SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO

A principal atribuição do Serviço Militar Obrigatório é a preparação dos cidadãos para compor a formação de reserva de militares, para que possa permitir uma rápida mobilização de pessoal, em caso de guerra declarada ou em face à situações imprevistas.

As mulheres, são isentas do serviço militar, em tempo de paz, porém é obrigatório aos homens, consoante redação da lei nº 4.375/64. O serviço militar inicial tem duração de um ano, prestado por brasileiros, nascidos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro, no ano em que completam 19 (dezenove) anos de idade. O serviço será prestado nas Organizações Militares da Ativa das Forças, na qual formam soldados, ou matriculados em Órgãos de Formação de Reserva, em que formam Oficiais para a reserva.

Contudo, por decisão unilateral, a Administração Pública poderá reduzir o Serviço Militar inicial, em até 2 meses ou dilatar até 6 meses, por meio de deliberação dos Ministros

¹⁵³ BRASIL. *Carreira Naval Praças*. Disponível em: <<https://www.marinha.mil.br/sspm/?q=carreira-naval---pra-as>>. Acesso em: 12 de out. 2022.

da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica. Na atualidade, não existe mais estes cargos, cabendo aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Pode, também, ser dilatada por até 18 meses, em caso de interesse nacional, por ato do Presidente da República, ou ser reduzida por período inferior a 2 meses, desde que, justificadamente, solicitada pelo Ministério Militar interessado, hoje, leia-se pelo Comando da respectiva Força.

Ademais, caso haja o interesse do incorporado e a conveniência da Força, poderá o tempo ser estendido, sem qualquer concurso público. O militar incorporado pode permanecer no serviço ativo, desde que não complete 8 anos, para que não adquira a estabilidade. Ao final, na conclusão do tempo serviço, o militar recebe uma indenização, chamada de compensação pecuniária, referente ao número de anos de serviço multiplicado pela remuneração.

5.2.1 DO RECRUTAMENTO DAS PRAÇAS

O Exército Brasileiro e a Força Aérea Brasileira têm em seu efetivo de soldados e cabos formados, exclusivamente, por militares incorporados do Serviço Militar Obrigatório. O incorporado tem a expectativa de alcançar até a graduação de Terceiro-Sargento.¹⁵⁴

Na Força Aérea Brasileira, no ano de 1999, foi realizado o último concurso público de provas para os Soldados de carreira, os chamados Soldados Especialistas. Os recrutas do Serviço Militar, que conseguiam a prorrogação do tempo de serviço, eram promovidos à Soldado, permanecendo nesta graduação até o término do serviço de um ano. Entretanto, após o último concurso para Soldado Especialista, a Força Aérea, passou a promover os Soldados, oriundos do Serviço Militar Obrigatório, à Soldado Especialista. E, assim, poderia alcançar a graduação de Cabo, que, neste caso, podem prestar concurso interno para Sargento, e, logrando êxito, adquirem também a estabilidade. Aqui, a FAB substituiu os militares de carreira aprovados em concurso público para os de alistamento, possibilitando que estes, sem concurso público, possam seguir na carreira, caso ascendam à graduação de Terceiro-Sargento.

A Marinha do Brasil tem em seus quadros de Marinheiros (Soldados), tanto os incorporados, do Serviço Militar Obrigatório, como os militares de carreira. Os

154 BRASIL. *Serviço Militar*. Disponível em: <http://www.eb.mil.br/web/ingresso/servico-militar/-/asset_publisher/yHiw1SWkLQY6/content/servico-militar?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.eb.mil.br%2Fweb%2Fingresso%2Fservico-militar%3Fp_id%3D101_INSTANCE_yHiw1SWkLQY6%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2>em:. Acesso em: 12 de out. 2022.

incorporados, atualmente, não tem mais a possibilidade da prorrogação do seu tempo de serviço.

5.2.2 RECRUTAMENTO DOS OFICIAIS - CENTRO DE PREPARAÇÃO DE OFICIAIS DA RESERVA

No que concerne, aos centros de preparação da reserva de oficiais, o Exército é a única Força que utiliza este sistema. No ano 2007, foram formados 192 Oficiais, e aproximadamente, 40 deles, respeitados a ordem de classificação no curso de formação dentro de suas especialidades, obtiveram a prorrogação do seu tempo, com objetivo de suprir as necessidades de oficiais, devido a evasão de alunos que não obtiveram aprovação nas escolas militares de nível superior e até mesmo, dos oficiais que passaram a exercer cargo público estranho a sua carreira.¹⁵⁵

5.2.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO, PRATICADOS PELO EXÉRCITO BRASILEIRO E FORÇA AÉREA BRASILEIRA

O que se percebe, é que o alistamento militar é de extrema relevância, uma vez que formam reservistas, para que estejam preparados para uma possível guerra, cumprindo o seu papel constitucional. Em verdade, após esse período de um ano do Serviço Militar inicial, o seu objeto perde a finalidade. Veja, o objetivo do serviço militar obrigatório é que os militares sirvam no período de um ano, para que possam adquirir conhecimentos militares básicos para compor a reserva, e não para permanecer no serviço ativo por quase 10 anos, sem um processo seletivo justo.

Por derradeiro, com as consequentes ações da Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem, com base no Art. 142 da CRFB/88, por diversas partes do território nacional, não pode o Exército Brasileiro e a Aeronáutica, conter, exclusivamente, na ponta inicial das suas frentes de combate, militares com pouca experiência, provenientes do Serviço Obrigatório. Assim, devem, as Forças Armadas, manter em seus efetivos, militares de carreira nas graduações iniciais, a fim de que tenha pessoal experiente e qualificado.

Outro ponto, é que esses militares permanecendo no serviço ativo, por quase 10 anos, adquirindo e especializando-se em táticas de militares é um risco para a sociedade, à vista disso podem se desviar e integrar o crime organizado, após o serviço militar.

¹⁵⁵ BRASIL. Centro de Preparação de Oficiais da Reserva da 1ª Região Militar. *Informações Gerenciais*. Disponível em: <<http://www.cporrj.eb.mil.br/turmas.html>>. Acesso em: 17 out. 2018.

Ainda sobre o tema, a Força Aérea Brasileira, permite que seus militares provenientes do serviço militar obrigatório alcance a estabilidade, quando Cabos aprovados no Concurso para o Curso de Formação de Sargentos A (CFS-A).¹⁵⁶

Merece destaque a Marinha do Brasil que utiliza em seus quadros, tanto os militares do serviço militar inicial como os militares de carreira, permitindo somente a estes, o acesso as graduações subsequentes e a estabilidade e, aquele que cumpra o seu papel constitucional.

Assim, a Marinha cumpre duas finalidades, a primeira de não dar margem a quebra do princípio da impessoalidade, posto que a prorrogação do tempo do serviço militar inicial não observa nenhum parâmetro justo, posto que numa crise que avança, e deixa 13 milhões de desempregados, não pode haver privilégios para que determinadas pessoas ocupem durante por quase 10 anos improrrogáveis, os cargos públicos, com salário de aproximadamente R\$ 2.000,00, e, que pode chegar a R\$ 4.500,00¹⁵⁷, caso ocupe à graduação de Terceiro-Sargento. E ainda, o que é pior, como no caso da FAB, que permite que o militar de alistamento alcance a estabilidade no serviço público.

A segunda finalidade é que a Marinha mantém em seus quadros militares de carreira nas graduações iniciais, permitindo a especialização destes, sem desperdiçar o dinheiro público, pois, em regra, os militares não serão descartados. Desse modo, os militares com larga experiência, não vão parar em mãos erradas, como nas organizações criminosas.

Em relação aos oficiais formados nos centros de preparação da reserva, é razoável que partes deles sejam utilizados, dentro da ordem de classificação do curso de formação, para prorrogação do tempo de serviço, no intuito de suprir as evasões de oficiais das escolas de formações superior. Cumpre esclarecer que o custo para formação de um oficial é expressivo para a administração pública, logo, não faz sentido dispensá-los e ter uma deficiência em seus quadros.

5.3 DO PROVIMENTO DO MILITAR TEMPORÁRIO

Apesar de similar, previamente, deve-se esclarecer as diferenças entre o Oficial formado nos Centros de Preparação da Reserva, e os Oficiais Temporários:

¹⁵⁶ BRASIL. Ministério da Defesa do Comando da Aeronáutica. *Instruções Específicas para o exame de seleção*. Disponível em: <<https://dokumen.tips/documents/01ieescfsa2017.html>>. Acesso em: 02 out. 2018.

¹⁵⁷ BRASIL. Tabela de Soldo. Disponível em: <<https://www.marinha.mil.br/papem/node/72>>. Acesso em: 02 out. 2018.

A primeira, é que este, os brasileiros ou brasileiras são voluntários, e, aquele, apenas, os jovens de 19 anos, entram para prestarem o serviço militar obrigatório;

A segunda, é que no cargo temporário todos que concluem o curso, permanecem no serviço ativo militar, sem, contudo, adquirir a estabilidade, e, no outro caso, um terço, em média, dos que concluem o curso, são aproveitados;

A terceira diferença, é que para entrar como militar temporário é necessário ter concluído o nível superior, no outro caso, precisa-se estar cursando o último ano de ensino médio ou concluído, ou cursando o nível superior.

Feitas essas considerações, esclarece-se que o militar temporário visa satisfazer às necessidades da reserva, conforme o art. 56 da lei 4.375/64. Apesar disto, tendo em vista a enorme crise financeira que assola o país, as Forças Armadas, para economizar, estão aumentando a proporção de militares temporários, em seus efetivos, em virtude de diminuir o impacto da previdência, pois, como é sabido, o militar quando nas carreiras iniciais têm menos dependentes e, ao final do serviço temporário de 8 anos, o militar vai pra reserva não remunerada.

De toda sorte, o militar, ao passar para reserva não remunerada, recebe a título de compensação pecuniária, uma remuneração mensal por ano de efetivo serviço prestado, nos termos da Lei 7.963/89.

5.3.1 OFICIAIS TEMPORÁRIOS

O serviço militar voluntário de oficiais, é destinado aos brasileiros e brasileiras natos, com nível superior na área de interesse da respectiva Força. Nesta modalidade todos os alunos que ingressam no Curso de Formação de Oficiais permanecem na ativa por 8 anos. São nomeados ao posto de Segundo-Tenente, e, após 3 anos, ao posto de Primeiro-Tenente, recebendo este como remuneração, algo em torno de dez mil reais. No Exército¹⁵⁸ e na Força Aérea¹⁵⁹ para o ingresso é apenas análise de título, e, na atualidade, a Marinha¹⁶⁰ passou a adotar o concurso público de provas e títulos.

5.3.2 PRAÇAS TEMPORÁRIAS

158 BRASIL. *Militar Temporário*. Disponível em: <<http://www.eb.mil.br/web/ingresso/militar-temporario>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

159 BRASIL. *Convocação de Pessoal Temporário*. Disponível em: <<http://www.eb.mil.br/web/ingresso/militar-temporario>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

160 BRASIL. *Processo Seletivo para Oficiais Temporários*. Disponível em: <<https://www.marinha.mil.br/ensino/?q=noticias/marinha-abrir%C3%A1-processo-seletivo-para-oficiais-tempor%C3%A1rios>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

Para ser uma Praça das Forças Armadas, é necessário ser brasileiro, homens e mulheres com ensino médio técnico, para os cargos de Sargento e Cabo, permanecem no serviço ativo por 8 anos, e, após passam para a reserva não remunerada. No Exército e na FAB são similares o processo de ingresso de Oficiais, já que, o certame é análise de títulos, e, por sua vez, a Marinha aplica o concurso de provas e títulos.

5.3.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO PROVIMENTO PARA MILITAR TEMPORÁRIO REALIZADO POR CONCURSO PÚBLICO DE TÍTULOS

Como restou claro, que o EB e a FAB não observam, nesta modalidade, os princípios que regem a administração pública e, conseqüentemente o concurso público. O concurso Público, unicamente por títulos, conforme dito, não é permitido no ordenamento jurídico, uma vez que, o administrador pode colocar parâmetros desarrazoáveis, nas quais sejam selecionados candidatos de maneira pessoal, com favoritismo e perseguições e outros interesses ilegítimos.

5.4 DO PROVIMENTO DO MILITAR EM CONCURSO INTERNO PARA CARREIRA DIVERSA DO ANTERIORMENTE INVESTIDO

Por fim, o concurso interno, para carreira diversa do anteriormente investido, é destinado às praças de carreira, observados os requisitos específicos de cada força, para ascenderem ao oficialato. Na Marinha, por exemplo, a Praça com graduação igual ou superior à Terceiro-Sargento, com nível superior na área de interesse da instituição ou com 18 anos de serviço, pode se inscrever para o concurso interno de oficiais do quadro auxiliar, desde que, como já mencionado, seja brasileiro nato, por se tratar de cargo exclusivo, consoante literalidade da Carta Maior, em seu art. Art.12, §3º.

5.4.1 DA CONSTITUCIONALIDADE DO PROVIMENTO DO MILITAR PARA CARREIRA DIVERSA

Preliminarmente, cumpre esclarecer que carreira conceitua-se, segundo o doutrinador Carvalho Filho, como:

Carreira é o conjunto de classes funcionais em que seus integrantes vão percorrendo os diversos patamares de que se constitui a progressão funcional. As *classes* são compostas de cargos que tenham as mesmas atribuições. Os *cargos* que compõem as classes são cargos de carreira, diversos dos cargos isolados que, embora

integrando o quadro, não ensejam o percurso progressivo do servidor.¹⁶¹

Vencida esta análise, é nítido a distinção da carreira dos oficiais que exercem atividades de comando, chefia e direção nas organizações militares e das praças que exercem atividades complementares e de execução operacional, nas quais constam previamente as suas respectivas patentes.

Cumprido mencionar que não existe vedação na lei sobre os concursos internos, entretanto, é incontroverso na doutrina e na jurisprudência, como já mencionado, que o concurso interno, na qual possibilita o servidor público civil a ocupar cargo na carreira diferente da que foi investido anteriormente, não é permitido, consoante súmula vinculante nº 43 do STF.

Atualmente encontra-se no STF, a ADI nº 5249, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, distribuída em 10MAR2013, contra dispositivo da Lei Federal nº 12.086/2009 e do Decreto nº 33.244/2011 que tratam da promoção de praça para oficial da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros do Distrito Federal, por meio de concurso interno.

Até o momento não houve decisão do STF, o relator é o Ministro Alexandre de Moares. O PGR sustenta que as carreiras de oficiais e praças são compostas por cargos com atribuições radicalmente distintos, necessita-se de prévia realização de concurso público, sendo vedado a realização de concurso interno para acesso ao oficialato, em consonância com o art. 37, inciso II, da CRFB/88. Sustenta ainda, que os concursos internos criam privilégios ao acesso à carreira em detrimento da regra do concurso público e dos princípios da igualdade e da eficiência que não toleram tratamento discriminatório injustificado, sem relevante razão de interesse público que os autorizem.

Por sua vez, a União defende a constitucionalidade do concurso interno, com o argumento de que o regime jurídico dos militares apresentam peculiaridades em relação ao dos servidores públicos civis. O processo de ascensão funcional das carreiras dos militares difere dos demais servidores, uma vez que os postos e as graduações necessitam, dentro de uma faixa etária específica, de responsabilidades e a habilitações necessárias para o desempenho e atribuições que lhe são inerentes, indispensáveis em tempo de guerra, como, também, em tempo paz.

O Ministro relator em 01 de fevereiro de 2018, solicitou dia para julgamento pelo Plenário para decidir a controvérsia.

161 CARVALHO, *op. cit.*, p. 633

É indubitável que o regime jurídico dos militares apresentam particularidades em relação ao servidor público civil, uma vez que o militar tem o dever de defender, o país com o sacrifício da própria vida. O militar ao longo da carreira é preparado para assumir as atribuições do seu superior imediato, pois, em caso de uma situação do seu serviço regular, caso este fique fora de combate, deverá aquele assumir as funções do superior. Destarte, deve prosperar as alegações da Advocacia-Geral da União, sendo declarada a constitucionalidade do provimento em carreira diversa do anteriormente investido, por meio do concurso interno.

6. DANOS À SOCIEDADE

Na atualidade, vive-se um sentimento de cobrança da sociedade com os seus administradores. Após vários casos de escândalos de corrupção que cominou, inclusive, com a prisão de um ex-presidente, a sociedade busca alguma instituição que tenha alguma credibilidade.

Nesse sentido, as Forças Armadas como instituições que tem a função precípua da defesa da pátria, não pode cometer arbitrariedades, ignorando princípios constitucionais, beneficiando alguns em detrimento da maioria. As Forças Armadas estão na estrutura da Administração Direta, não há escusas para inobservância dos princípios da legalidade, que é cumprir o que ordena o texto constitucional.

Em continuidade, outro aspecto importante deve ser ressaltado, é no sentido da prorrogação do tempo do militar do serviço obrigatório, que envolve um grave risco à segurança da sociedade. Este militar pelo tempo que passa nas casernas estão em constante adestramento, e parte desse contingente realizam o curso de operações especiais tornando-se verdadeiros especialistas em minas, armadilhas, técnicas de camuflagem, como empregar um armamento, técnicas de progressão no terreno, e etc. Assim, logo que termine o período do serviço militar, esses reservistas podem ser um potencial risco potencial, na medida em que podem integrar ou apoiar o crime organizado. Não faz sentido, a administração gastar com treinamento durante este período de prorrogação e posteriormente descartá-los.

7. CONCLUSÃO

No presente trabalho evidenciou-se, as inúmeras formas de ingresso nas Forças Armadas, e, dentre as quais são acometidas pela inconstitucionalidade, suas peculiaridades, suas atividades fins, e os princípios que regem a administração pública.

Na sociedade atual, as modalidades e os requisitos para ingresso nas Forças Armadas são pouco conhecidos pela população. Assim, considerando as dificuldades

econômicas que assola o país, com 13 milhões de desempregados, não é salutar que algumas pessoas possam ter vantagens perante a inobservância da administração pública, do concurso de provas ou provas e títulos.

Assim considerando, o Exército Brasileiro e a Força Aérea Brasileira não deveriam ter em seus efetivos de cabos e soldados, formados, exclusivamente, por militares provenientes do alistamento obrigatório, já que não alcançam o seu propósito de, no período de 1 ano, aprender técnicas básicas militares, a fim de compor a reserva. Outrossim, não deveria permitir o prolongamento do tempo de serviço, que em regra, dura quase 10 anos, e, assim como, no caso da FAB de estabilizar os seus militares de alistamento, sem um processo que garanta a meritocracia.

Isto posto, chega-se a conclusão que o EB e a FAB deveriam convergir com a Marinha do Brasil, na medida em que emprega nos seus efetivos de cabos e soldados, tanto os militares de carreira, aprovados em concurso público, quanto os militares de alistamento, permitindo que cada modalidade cumpra o seu intento. Assim, aquele progride na carreira e adquire a estabilidade, e este, por sua vez, apenas cumpre a sua obrigação constitucional, já mencionada.

Destarte, cabem aos militares de carreira ocupar as diversas patentes, por questões óbvias, passaram por um processo justo de admissão. Consequentemente, seguir na carreira e adquirir a estabilidade, sem concurso público, é uma violação aos princípios da administração pública, dentre os quais destacam-se, a meritocracia e a impessoalidade.

Da mesma maneira, a seleção de candidatos para ocuparem os cargos temporários, devem ser observados o concurso de provas ou de provas e títulos. Não é aceitável que uma pessoa possa ocupar um cargo, como, por exemplo, o de Primeiro-Tenente, e receber salários brutos de R\$ 9.560,70,¹⁶² por quase 10 anos, e ao final do tempo de serviço, receber, a título de compensação pecuniária, uma indenização no valor de R\$ 76.485,60, sem concurso público nos moldes que determina a Constituição.

Cumpra esclarecer que o EB e a FAB não coadunam com o concurso de provas ou de provas títulos, nos termos do art. 37, inciso II, da CRFB/88, observam apenas a análise de títulos. Desta feita, seria plenamente possível que determinadas pessoas poderiam ser beneficiadas, por parâmetros em razão da titulação que possui, quebrando assim o princípio da impessoalidade.

Não obstante, a Marinha do Brasil é a única força que se alinha com os ditames da Constituição, para os cargos temporários, realizando o curso público nos moldes da Carta

162 BRASIL. *Remuneração dos Militares das Forças Armadas no Brasil e no exterior*. Disponível em: <<https://www.defesa.gov.br/anistia/2-uncategorised/8534-remuneracao-dos-militares-das-forcas-armadas-no-brasil-e-no-exterior>>. Acesso em: 15 de out. 2018.

Maior. Desta maneira e, mais uma vez, o EB e FAB deveriam convergir com a Marinha do Brasil, para adequar-se à luz da CRFB/88.

Por conseguinte, consoante literalidade da súmula vinculante nº43 do STF, considera-se inconstitucional o concurso interno, em que o servidor público toma provimento em carreira diversa da qual foi anteriormente investido. Conquanto, no âmbito militar tramita no STF, a ADI nº 5249, para tratar da inconstitucionalidade do concurso interno para a carreira de oficiais da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal, realizado pelas praças.

Por derradeiro, é controverso o assunto relativo ao concurso interno no âmbito militar, uma vez que não há na jurisprudência e tão pouco na doutrina, se o referido dispositivo aplica-se ao meio militar, devido as suas peculiaridades. Fica uma incógnita, se julgado procedente a inconstitucionalidade, até que ponto essa possível decisão atingiria as Forças Armadas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Método, 2010.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 25. ed. São Paulo: Forense, 2016.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NEVES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo, 2007

BRASIL. Centro de Preparação de Oficiais da Reserva da 1ª Região Militar. *Informações Gerenciais*. Disponível em: <<http://www.cporrj.eb.mil.br/turmas.html>>. Acesso em: 17 ago. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso 02 ago. 2022.

BRASIL. Lei n.º 4.375, de 17 de agosto de 1964. – *do Serviço Militar*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4375.htm>. Acesso: 08 ago. 2022.

BRASIL. Lei n.º 6.880, de 09 de dezembro de 1980. – *Estatuto dos militares*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6880.htm>. Acesso: 12 ago. 2022.

BRASIL. Lei n.º 7.963, de 21 de dezembro de 1989. – *Compensação pecuniária, a título de benefício, ao Militar Temporário das Forças Armadas, por Ocasão, do seu Licenciamento*.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6880.htm>. Acesso: 21 ago. 2022.

BRASIL. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. – *Regime jurídico dos Servidores Públicos da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso: 07 ago. 2022.

BRASIL. Lei n.º 12.086, de 06 de novembro de 2009. – *Dispõe sobre os militares da Polícia Militar do Distrito Federal e do Corpo de Bombeiro Militar do Distrito Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Lei/L12086.htm>. Acesso: 12 ago. 2022..

BRASIL. Medida Provisória n.º 2215-10, de 31 de agosto de 2001. – *Dispõe sobre reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2215-10.htm>. Acesso: 12 ago. 2022..

BRASIL. Ministério da Defesa do Comando da Aeronáutica. *Instruções Específicas para o exame de seleção*. Disponível em: <<https://dokumen.tips/documents/01ieescfsa2017.html>>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. *Remuneração dos Militares das Forças Armadas no Brasil e no exterior*. Disponível em: <<https://www.defesa.gov.br/anistia/2-uncategorised/8534-remuneracao-dos-militares-das-forcas-armadas-no-brasil-e-no-externo>>. Acesso em: 15 de ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 35522 DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min Marco Aurélio. Brasília, 24 de novembro de 2005. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14735554/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3522-rs>>. Acesso: 05 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5249 DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min Alexandre de Moraes. Brasília, 10 de março de 2015. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4723945>>. Acesso: 12 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 43 DF. Brasília, 17 de abril de 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2348>>. Acesso: 05 ago. 2022.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 22. ed. Malheiros, 1997

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

A RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO

ENZO TAVARES FERREIRA:
Acadêmico do curso de Direito
pela Universidade de Gurupi -
UNIRG

VERÔNICA PRADO DIZCONZI

(Orientador)

RESUMO: Ao se submeter a um tratamento hospitalar, seja de urgência ou meramente eletivo, o paciente espera ser tratado da melhor maneira possível, observados os melhores procedimentos e a mais qualificada atuação profissional. Do outro lado da relação, há um profissional que é ser humano e passível de falhas. Ocorre que, em que pese seja possível um resultado inesperável e negativo, há na legislação brasileira a possibilidade de ser o médico responsabilizado pelo cometimento de um erro que enseje na violação da vida, saúde e integridade física de seu paciente. Deste modo, além de ser punível perante o órgão administrativo que regulamenta a atuação do profissional, há ainda a possibilidade de condenação na esfera cível e criminal. Por ser a última razão do ordenamento jurídico, a responsabilidade penal exige o preenchimento dos requisitos legais de caracterização de conduta criminosa. Levando-se em consideração a importância do assunto, o artigo trata da responsabilização penal por erro médico no Brasil, mediante pesquisa bibliográfica realizada através de revisão da literatura nacional.

Palavras-Chave: Erro Médico. Crime. Culpa. Responsabilidade Penal.

ABSTRACT: When undergoing hospital treatment, whether urgent or merely elective, the patient expects to be treated in the best possible way, observing the best procedures and the most qualified professional performance. On the other side of the relationship, there is a professional who is a human being and subject to failure. It so happens that, despite the possibility of an unexpected and negative result, there is in Brazilian legislation the possibility of the doctor being held responsible for committing an error that leads to the violation of the life, health and physical integrity of his patient. Thus, in addition to being punishable by the administrative body that regulates the professional's performance, there is also the possibility of conviction in the civil and criminal spheres. As the last reason in the legal system, criminal liability requires the fulfillment of the legal requirements for characterizing criminal conduct. Taking into account the importance of the subject, the article deals with criminal liability for medical errors in Brazil, through bibliographic research carried out through a review of the national literature.

Keywords: Medical Error. Crime. Fault. Criminal Liability.

INTRODUÇÃO

Dentre os vários direitos humanos fundamentais, a saúde é sempre destacada em razão de sua importância para todos os indivíduos. Sem integridade física e saúde, as pessoas não alcançam a dignidade humana indispensável em um Estado Democrático de Direito.

Por tal motivo, a profissão do médico é essencial no Estado, resguardado atendimento a todo cidadão que nele necessitar através do acesso ao Sistema Único de Saúde, bem como a contratação de saúde complementar em hospitais particulares, se assim o desejar.

Com uma das melhores remunerações nacionais, o médico tem o dever de prestar sua atividade da melhor maneira possível, atento à técnica e à ética profissional, de forma que, não hajam prejuízos à saúde dos pacientes que por ventura sejam submetidos a procedimentos.

Ocorre que, assim como qualquer ser humano, o médico também é uma pessoa sujeita a erro. Todavia, o erro médico pode gerar danos físicos e psicológicos de grande expressividade, situação esta que pode levar à responsabilização do profissional no âmbito civil, com o pagamento de uma indenização, mas também no penal, uma vez comprovada a caracterização de uma conduta delitiva.

Sobre a responsabilidade criminal de erro médico esse artigo discorre, com base em doutrinas, leis e jurisprudências existentes sobre o tema levantado, por ser uma revisão de literatura fundada em material já publicado quando de sua elaboração.

METODOLOGIA

O artigo científico desenvolvido nas linhas abaixo foi elaborado com base em material teórico e bibliográfico acerca da responsabilidade penal por erro médico, disponíveis em bibliotecas e revistas jurídicas digitais e adquiridos de forma gratuita. Ele se desenvolve através do método dedutivo de pesquisa, em que tem como ponto de partida os aspectos gerais sobre a atividade profissional da medicina para concluir com a discussão sobre a sua responsabilidade penal por erro médico.

O conteúdo selecionado se obteve em grande escala através de pesquisas virtuais realizadas nos sites Jusbrasil, scielo, etc. Todos os materiais selecionados são analisados segundo o método de pesquisa qualitativa para se apontar o resultado obtido através da interpretação doutrinária e jurisprudencial sobre o tema proposto.

1 A ATIVIDADE PROFISSIONAL DO MÉDICO

A medicina é uma atividade profissional de extrema relevância ao passo que tem como finalidade a garantia da vida e integridade física das pessoas. Assim determina o artigo 2º da Lei 12.842/2013 – que dispõe sobre o exercício da medicina:

Art. 2º. O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza (BRASIL, 2013).

Além da previsão legal, sua atuação está regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina, que por intermédio da Resolução nº 2.217/2018 criou um novo Código de Ética Médica e revogou a Resolução 1.931/2009 - Código de ética que vigorou por anos até a recente resolução. É no Código de Ética Médica que constam as disposições sobre a atuação ampla da medicina e que regulamenta o seu exercício profissional nos diversos setores em que o médico pode atuar.

O Capítulo II do Código De Ética assegura uma série de direitos dos profissionais da medicina dentre eles o de exercer a medicina sem discriminação, indicar o procedimento médico adequado e se recusar a atos médicos contrários à sua consciência, embora permitidos por lei (CRF, 2018).

Em contrapartida, os médicos possuem uma série de deveres que devem ser observados no decorrer de sua atuação profissional, sob pena de serem responsabilizados pelo seu descumprimento. Conforme ensina Maria Helena Diniz o médico tem o dever de “dar informações, conselhos e esclarecimentos ao cliente; cuidar do enfermo, com zelo, utilizando-se dos meios disponíveis; abster-se de abuso ou desvio de poder, etc.” (DINIZ, 2015, p. 335).

No Código de Ética Médica, os deveres estão disciplinados no Capítulo III que dispõe sobre a Responsabilidade Profissional e estabelece já em seu artigo 1º que é vedado ao médico “causar dano paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência” (CRF, 2018).

Além do disposto acima, a Resolução aponta mais 21 deveres que devem ser observados pelo médico na sua atuação profissional, sob pena de ser posteriormente responsabilizado por seus atos.

É a partir desses deveres que surge o debate quanto ao erro médico, ao passo que este ocorre quando o profissional da medicina deixa de cumprir com seus deveres éticos em relação aos seus pacientes, situação que pode desencadear posterior debate sobre sua responsabilização na esfera criminal.

2 O ERRO MÉDICO

O ponto crucial para se discutir a possível responsabilização do médico nas esferas cíveis, criminais ou administrativas é a constatação de que o profissional praticou uma conduta que configura um erro médico.

De acordo com o supracitado Código de Ética Médica, o erro médico ocorre quando o profissional age com imprudência, imperícia ou negligência e com isso causa um dano ao seu paciente.

Segundo consta no Manual de Orientação Ética e Disciplinar do Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina o erro médico "é a falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico por inobservância de conduta técnica, estando o profissional em pleno exercício de suas faculdades mentais." (CRM apud CORREIA-LIMA, 2012).

Marco Aurélio Bezerra de Mello o define do seguinte modo:

O erro médico é uma espécie de conduta culposa perpetrada pelo facultativo que, não agindo em consonância com o dever de diligência que lhe é imposto segundo as regras técnicas de seu ofício, acaba por violar direito e causar dano ao paciente. Assim, podemos dizer que erro médico é um desvio de comportamento praticado pelo profissional da medicina que, no caso concreto, por não se comportar segundo as regras de seu ofício, causou dano a alguém. (DE MELLO, 2015, p.363).

É, portanto uma conduta profissional inadequada praticada pelo médico por provável inobservância de uma regra técnica e que tem potencial de causar um dano à vida ou agravar o estado de saúde do paciente por ser ele imprudente, negligente ou imperito no exercício da medicina (CASTRO apud CORREIA-LIMA, 2012).

Ou seja, o resultado diverso de um tratamento médico ou a não obtenção da cura do paciente não pode ser considerada uma falha do médico, quando este realizou o procedimento e a medicação acertada. Deste modo, para que se caracterize o erro é essencial a presença de uma conduta que seja imperita, imprudente ou negligente, que podem ser exemplificadas na prática do seguinte modo:

A imperícia consiste na falta de conhecimento ou habilidade específica para o desenvolvimento da atividade profissional. Na imprudência o erro se dá quando o médico age sem a devida cautela, o profissional tem ciência dos riscos e, ainda assim, ignora a boa prática médica ao tomar a decisão de forma precipitada e sem o

cuidado necessário. A terceira modalidade de culpa é o da negligência, a forma mais frequente de erro médico, o profissional negligencia, deixa de fazer (omissão) o que devia e podia, trata com descaso, desídia ou pouco interesse os deveres e compromissos éticos com o paciente e até com a instituição (NASCIMENTO *et. al.*, 2020, p. 5-6).

Assim sendo, conclui-se que o erro médico é uma conduta comissiva ou omissiva praticada no exercício da profissão, sem que haja a vontade de cometer o ilícito, de modo que não se presume dolo no erro médico, e sim a culpa do profissional que sem querer causa dano à saúde de seu paciente.

3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL

Uma vez constatada a ocorrência de um erro médico, da falha profissional pode surgir a tríplice responsabilidade do autor: a administrativa, respondendo pelo ato perante o Conselho de Medicina; a civil, com o surgimento do dever de reparar materialmente a vítima; e a penal, com a imposição de uma pena ao indivíduo (MORAIS, 2021).

Dentre as espécies citadas, a responsabilização penal é a mais gravosa de todas, o que se atribui ao fato de poder ser condenado ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa. Todavia, para que surta efeitos para o agente, precisará estar caracterizada a conduta criminosa.

Diz-se que há um crime quando presentes os seguintes elementos: fato típico, ilícito e culpável (ROSTIROLLA, 2021).

Para que se possa concluir pela infração penal, o agente deve ter cometido um fato típico, ilícito e culpável. Esses elementos, que integram o conceito analítico de crime, devem ser analisados nessa ordem. Esses são os três elementos que convertem uma ação em delito. A culpabilidade- responsabilidade pessoal por um fato antijurídico- pressupõe a antijuridicidade do fato e esta deve estar concretizada em tipos legais. Cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior (CAETANO, 2019, p. 01).

O primeiro elemento, qual seja o fato típico consiste na caracterização de outros quatro elementos: a conduta, o resultado, o nexo causal e a tipicidade, dos quais a conduta não se limita à uma ação, mas também podem compreender a omissão, por exemplo.

A conduta é o primeiro elemento do fato típico, e nada mais é do que o comportamento humano, é a ação ou omissão do sujeito que da causa ao fato típico. As condutas podem ser comissivas ou

omissivas. As comissivas, também chamada de ação é o movimento humano que gera alguma mudança no mundo externo, a omissão em contrapartida é toda falta de ação necessária que desencadeia uma mudança no mundo externo. Além disso, as condutas podem ser classificadas em dolosas ou culposas. O dolo é toda vontade humana geradora de um resultado, enquanto a culpa a falta de uma vontade que gerou o resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Existem, ainda, hipóteses da exclusão da conduta, sendo elas o caso fortuito e a força maior, atos ou movimentos reflexos ou coação física irresistível (ROSTIROLLA et. al, 2021, p. 940-941).

Para que seja responsabilizado, o autor do fato deverá praticar a conduta descrita no tipo legal e causar um resultado, que nada mais é do que a transformação operada por ela, é o seu efeito (DAMASIO, 2015). O nexos causal, por sua vez, é a ligação entre a conduta e o resultado causado. Por fim, a tipicidade se refere à adequação de uma conduta com a lei penal anteriormente existente (ROSTIROLLA, 2021).

O segundo elemento da responsabilidade, qual seja a tipicidade, “trata-se da relação de antagonismo entre o comportamento do agente e o ordenamento jurídico de forma ampla.” (CAETANO, 2019, p. 01) Esse requisito será excluído caso demonstrado que o agente praticou o fato em uma das situações indicadas no artigo 23 do Código Penal: estado de necessidade, legítima defesa; ou em estrito cumprimento de dever legal ou em exercício regular de direito (BRASIL, 1940).

Por último, mas não menos importante, a culpabilidade do agente, que de acordo com a teoria limitada, compreende a imputabilidade penal, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, tal qual leciona Luiz Flávio Gomes:

O juízo de reprovação da culpabilidade (que é feito pelos juízes que recai sobre o agente do fato punível que podia agir de modo diverso) tem por fundamentos: a capacidade do agente de querer e de entender as proibições jurídicas em geral (imputabilidade), a consciência da ilicitude do fato concreto (real ou potencial) e a normalidade das circunstâncias do caso concreto (exigibilidade de conduta diversa). (GOMES, 2004, p.17).

Feitas tais considerações, não há dúvidas que, caso o agente pratique os atos mencionados na lei penal, enquadrado no tipo penal em referência, ainda que no exercício de sua profissão, comete crime e pode vir a ser responsabilizado penalmente.

4 A CARACTERIZAÇÃO DE CRIME NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO

Para que se possa adentrar ao debate sobre a possibilidade de responsabilizar criminalmente o médico por uma atitude ou resultado obtido no decorrer do exercício de sua profissão é necessário discorrer sobre a caracterização de crime nessas condições.

Além da possibilidade de responsabilização civil prevista no Código Civil e a responsabilização administrativa pelo desrespeito as regras contidas no Código de Ética Médica existem situações que caracterizam a prática de um crime, sendo os principais deles citados nesta pesquisa.

Em primeiro lugar, é fundamental que a conduta praticada pelo profissional da medicina esteja tipificada em uma norma penal haja vista que, segundo dispõe o artigo 1º do Código Penal “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940).

Conforme se verifica no Código de Ética Médica, o profissional que exerce a medicina está resguardado pelo direito de tratar seu paciente e lhe aplicar o procedimento que entender adequado; contudo essa proteção não impede que situações ilícitas sejam punidas, a qual deve ser aplicada em conformidade com a lei. A configuração de um crime no exercício da profissão não representa uma repressão a erros humanos passíveis de acontecer, mas sim um dever do Estado de responsabilizar o médico que cometer um ilícito penal (PRATES e MARQUARDT, 2003).

São vários os tipos penais previstos na legislação brasileira, dois quais merecem destaque aqueles mais cometidos por médicos no Brasil.

Em primeiro lugar, existem crimes próprios que só podem ser exercidos por profissionais no exercício da sua profissão, como é o caso do tipo de violação de segredo profissional previsto no artigo 154 do Código Penal. Assim sendo, quando um médico revelar um segredo obtido no exercício da função profissional, poderá ser condenado com pena de três meses até um ano de detenção (BRASIL, 1940).

Aquele que atuar de forma ilegal também comete crime previsto no Código Penal:

Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica

Art. 282 - Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa (BRASIL, 1941).

O Médico pode ainda ser condenado pelos crimes de auxílio ao suicídio (artigo 122 do CP); omissão de socorro (artigo 135 do CP); constranger o paciente a realizar algum tratamento contra a sua vontade (artigo 135 do CP); infração de medida sanitária preventiva (artigo 268 do CP); e omissão de notificação de uma doença contagiosa (artigo 269 do CP), etc.

Além disso, os médicos podem cometer crimes comuns, que podem ser praticados por qualquer pessoa, como é o caso dos crimes contra a vida e a incolumidade física prevista a partir do artigo 121 do Código Penal, quando o erro médico por ele cometido leva o paciente à morte ou lhe causa lesões corporais e também contra a honra, quando ofendem o seu paciente (BRASIL, 1940), dentre outros.

Portanto, variadas condutas do médico praticadas no exercício da sua profissão podem caracterizar um crime, que se constatado pode ensejar a sua responsabilização penal.

5 A RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO

Uma vez contratado para a realização de um ato profissional, seja pelo particular ou por um ente público, surge para o médico uma série de deveres ético-profissionais, dentre os quais, a observância dos direitos fundamentais do paciente se apresenta indispensável (MORAIS, 2021).

O motivo da responsabilização do médico advém do fato de que não se pode isentar um profissional se, de sua conduta, advierem danos físicos ao paciente submetido a tratamento.

Parece claro que, na essência do exercício da medicina, está a liberdade do profissional de atuar com a discricionariedade necessária para encontrar sempre soluções novas e mais adequadas a cada caso, contribuindo, assim, para a constante evolução da profissão e de suas técnicas. No entanto, tal liberdade não pode ser entendida como imunidade profissional, pois, de acordo com Magalhães Noronha, o médico tem o dever ético-profissional de atuar com prudência, diligência e competência para curar seu paciente, empenhando-se, solidariamente, pela saúde contra a doença, pela vida contra a morte. Responsabilizar criminalmente o médico infrator não significa perseguir bons profissionais, nem tampouco reprimir

erros humanos compreensíveis e escusáveis. Significa, sim, um direito da sociedade e um dever do Estado (PRATES e MARQUARDT, 2003, p. 241).

Conforme visto nos tópicos anteriores, uma vez constatada a ocorrência de um erro médico, caracterizado um delito previsto em legislação penal que defina o tipo, torna-se devida a responsabilização penal do médico.

Ocorre que, em se tratando de erro médico, conforme a própria denominação da conduta não deixa dúvidas, é essencial que haja culpa do profissional de saúde, haja vista que não há previsão de responsabilidade do erro médico no desempenho de sua profissão se a conduta for dolosa (MORAIS, 2021).

A responsabilidade penal médica é aquela inserida no Código Penal, em que alguns tipos de erros médicos são tratados como crimes culposos. O crime culposo é aquele realizado sem intenção de produzir o resultado, que acontece devido à imprudência (sem cautela), negligência (omissão) ou imperícia (incapacidade técnica) do médico. Essa situação pode acontecer se advier uma lesão, uma incapacitação ou mesmo o óbito do paciente, como resultado de um tratamento médico (ASSIS, 2017, p. 1).

Portanto, é necessário se ter em mente se o médico praticou a sua conduta de forma culposa, havendo a caracterização das formas mencionadas no Código Penal, artigo 18, inciso II, as quais são melhor explicadas a seguir:

A imperícia refere-se a inaptidão, o profissional não detém conhecimento técnico sobre a profissão. A imperícia está relacionada à atividade profissional do agente. Exemplo: Um médico é especialista em uma determinada área, mas acaba exercendo uma atividade diversa da qual não possui nenhuma técnica.

Insta salientar que, a imperícia pode ocorrer também nos casos onde o profissional detém a técnica da área na qual escolheu, todavia, realiza um procedimento que exige um nível de conhecimento mais profundo, do qual ele não está preparado, mesmo sendo especialista.

Considera-se imprudência quando o agente deixa de observar o dever de cuidado, mesmo sabendo dos riscos existentes, realiza determinada atividade que poderá trazer um resultado prejudicial. Exemplo: Realizar uma cirurgia sem a equipe médica necessária.

A negligência acontece quando o agente deixa de realizar algo que deveria ser feito. Exemplo: medicar um paciente via telefone sem examiná-lo; deixar objetos estranhos no corpo do paciente após uma cirurgia, entre outros. (MORAIS, 2021, p. 1)

Uma vez constatado que a conduta do médico se enquadra em uma espécie de delito prevista na lei penal, há que se instaurar a ação penal para que seja analisada a sua responsabilidade penal.

Quando ocorre o erro médico que resulta em lesão corporal culposa ou homicídio culposo, a instauração do processo penal poderá se dar de ofício, pelas autoridades, ou por uma manifestação de vontade da vítima ou de seus familiares, por meio de uma representação.

O médico só será condenado se o juiz se convencer de que a acusação tem fundamento e foi provada. Caso contrário, será absolvido, o que normalmente acontece quando qualquer espécie ou elemento de prova tornar racionalmente crível a hipótese de sua inocência.

A responsabilidade penal médica acontece quando o erro médico é enquadrado em um tipo penal ou quando o profissional tem intenção de errar (dolo) (ASSIS, 2017, p. 1).

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, um exemplo prático de condenação do profissional pelo crime de homicídio culposo decorrente do cometimento de erro médico que levou ao falecimento da paciente.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. JUNTADA DE DOCUMENTO PELO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO APÓS O INTERROGATÓRIO JUDICIAL. ABERTURA DE VISTA ÀS PARTES PARA MANIFESTAÇÃO. PRESERVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INTELIGÊNCIA DO ART. 231 DO CPP. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE REJEITADA. MÉRITO. HOMICÍDIO CULPOSO. ERRO MÉDICO. PACIENTE SUBMETIDO A PROCEDIMENTO CIRÚRGICO ELETIVO DE ARTRODESE DE COLUNA VERTEBRAL (HÉRNIA DE DISCO). PRESCRIÇÃO ERRÔNEA DE MEDICAMENTO NO PÓS-OPERATÓRIO PELO MÉDICO AUXILIAR (PRINCÍPIO ATIVO BESILATO DE ATRACÚRIO). MEDICAMENTO POTENCIALMENTE PERIGOSO. NECESSIDADE DE ALTA VIGILÂNCIA

DO PACIENTE. MAL SÚBITO COM POSTERIOR INTERNAÇÃO NA UTI. EVOLUÇÃO A ÓBITO. NEGLIGÊNCIA DO CIRURGIÃO TITULAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO NO PÓS-OPERATÓRIO. QUEBRA DA RELAÇÃO DE CONFIANÇA MÉDICO/PACIENTE. GARANTE. COMPORTAMENTO OMISSIVO PENALMENTE RELEVANTE. RESPONSABILIDADE PENAL CONFIGURADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 121, §4º, DO CP. INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DA PROFISSÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A juntada de documento pelo assistente de acusação após o interrogatório judicial do réu, não afronta os princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da autodefesa, mormente porque, em seguida à aludida juntada, o MM. Juiz a quo abriu vista dos autos às partes para manifestação. Ato contínuo, decidiu sobre a pertinência do documento para o deslinde da causa e sobre a ausência de prejuízo à defesa técnica. 2. A refra, no tocante à prova documental, é a de que as partes poderão juntar documentos em qualquer fase do processo, só podendo haver indeferimento do órgão julgador quando os documentos apresentados tiverem caráter protelatório ou tumultuário (LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal Comentado. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 658). Precedente do STJ. 3. Ausente a prova do prejuízo experimentado pelo réu, com a juntada de documento pelo assistente de acusação, após o seu interrogatório judicial, não se cogita de nulidade. Inteligência do princípio pas de nullité sans grief. 4. O réu, médico ortopedista, acompanhava a vítima, em ambulatório de hospital, há mais de seis meses, porquanto padecia esta de hérnia de disco com dores severas nas pernas, e, após o insucesso de tratamento terapêutico, indicou-lhe a realização de procedimento cirúrgico eletivo de artrodese de coluna vertebral. Nesse quadro, não resta dúvida de que réu e vítima firmaram uma relação de confiança (médico/paciente), na qual assumiu aquele a posição de garante em relação a esta, mormente no que toca à realização do procedimento cirúrgico que indicou e ao respectivo pós-operatório. 5. Malgrado não tenha havido intercorrências na cirurgia a que fora submetida a vítima, resulta provado nos autos que o réu, cirurgião titular, logo após o procedimento, quando deveria pessoalmente preencher o prontuário médico e prescrever as medicações a serem ministradas no pós-operatório, delegou essa atividade ao médico auxiliar, a pretexto de que deveria ingressar, de imediato, em centro cirúrgico para a

realização de outro procedimento eletivo, fornecendo-lhe, inclusive, a sua senha pessoal e intransferível para acesso ao sistema informatizado do hospital. O médico auxiliar, que não tinha qualquer vínculo com a vítima ou com sua família, fazendo uso da senha pessoal e do carimbo do réu, máxime porque não tinha cadastro no hospital, terminou de preencher os dados relativos à cirurgia e prescreveu medicação errônea à vítima (TRACRIUM), potencialmente perigosa, o que lhe causou mal súbito (parada cardiorespiratória), com evolução ao óbito, após mais de quarenta dias de internação na UTI. Fora isso, o réu agiu de forma negligente e imprudente quando deixou de conferir a prescrição medicamentosa realizada pelo médico auxiliar, deixando de dispensar à vítima, sua paciente, a proteção e os cuidados que lhe eram esperados no pós-operatório. Manifesto, pois, o seu comportamento omissivo penalmente relevante porque, na qualidade de garante, poderia e deveria ter agido para evitar as consequências da prescrição errada do remédio. 6. Viola as regras técnicas da medicina e o dever objetivo de cuidado o médico que delega a terceiros a obrigação sua e presta atendimento negligente ao seu paciente, contribuindo, de forma decisiva, para o seu sofrimento e posterior óbito. 7. Mantém-se a causa de aumento de pena relativa à inobservância de regra técnica de profissão, insculpida no art. 121, §4º, do CP, porque o réu, em total dissenso com os cânones da Medicina, não deu à vítima o suporte necessário no pós-operatório, permitindo, com isso, que lhe fosse ministrado medicamento errado, altamente perigoso, decisivo para a ocorrência do evento morte. 8. Recurso defensivo conhecido e desprovido (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJ-DF: XXXXX-65.2015.8.07.0001 DF XXXXX-65.2015.8.07.0001. 3ª Turma Criminal. Relator: Waldir Leôncio Lopes Júnior. Acórdão publicado em 04/12/2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1152744500>>. Acesso em 05 nov. 2022.)

Em que pese esse estudo apresente a responsabilidade penal por erro médico, importante mencionar que a responsabilização do profissional também poderá se dar na forma de conduta dolosa, desde que ele se enquadra em uma figura típica, ilícita e culpável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diz o ordenamento jurídico pátrio que a vida e a integridade física são direitos humanos e fundamentais com ampla proteção legal, de modo que, havendo a conduta de um agente no sentido de violação de tais garantias, deverá o mesmo ser responsabilizado nas esferas cível e criminal. Sendo uma atuação profissional, pode ainda haver a responsabilização no âmbito administrativo, perante o órgão competente para fazê-lo.

Entre as profissões que lidam diariamente com esses direitos universais e indisponíveis, os médicos possuem uma grande responsabilidade na condução de sua atividade, uma vez que, uma falha, por menor que seja, pode ser capaz de gerar consequências físicas irreversíveis, podendo chegar, nos casos mais gravosos, à perda da vítima do paciente.

Certo é que, por ser uma atividade-meio, em que o resultado nem sempre se espera, a atuação dos médicos não exige um efeito especificamente assegurado, já que, muitas situações podem ocorrer, levando à sequelas não aguardadas. No entanto, o dever de cuidado dos pacientes persiste em todas as hipóteses, de modo que, a falha pode ser sim objeto de responsabilização.

Diante da gravidade do erro médico, é que a responsabilização inclusive criminal é admitida no Brasil. Uma vez constatada a conduta culposa, consubstanciada em imperícia, imprudência ou negligência, bem como enquadrada em um dos crimes previstos na legislação criminal, deverá ser imposta uma pena, para impedir que a falha ocorra novamente, vitimando outros pacientes. Além da culpa, se houver dolo, o médico será igualmente processado por sua conduta, com penas ainda mais severas do que na modalidade culposa, haja vista a sua motivação.

Em todo o caso, o fato deverá ser levado à apreciação do Poder Judiciário que, através do devido processo legal, assegurando o contraditório e a ampla defesa do médico, proferirá uma decisão de mérito sobre o enquadramento da conduta em uma das espécies penais vigentes.

REFERENCIAS

ASSIS, Renato. **Responsabilidade Penal Médica: O que você precisa saber**. Direito da Saúde, 25 de julho de 2017. Disponível em: <<https://renatoassis.com.br/responsabilidade-penal-medica-o-que-voce-precisa-saber/>>. Acesso em 05 nov. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2,848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 01 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013. **Dispõe sobre o exercício da Medicina.** Brasília, 10 de julho de 2013; 192º da Independência e 125º da República, publicado no DOU de 11.7.2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJ-DF: XXXXX-65.2015.8.07.0001 DF XXXXX-65.2015.8.07.0001. 3ª Turma Criminal. Relator: Waldir Leôncio Lopes Júnior. Acórdão publicado em 04/12/2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1152744500>>. Acesso em 05 nov. 2022.

CAETANO, Wesley. **Ilicitude: antecedentes, conceito, ilicitude formal e material.** Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://wesleycaetano.jusbrasil.com.br/artigos/771832746/ilicitude-antecedentes-conceito-ilicitude-formal-e-material>>. Acesso em 01 nov. 2022.

CFM (Conselho Federal de Medicina). Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. **Código de Ética Médica** – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2022.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil.** – Brasília: Conselho Federal de medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí. Brasília, 2012.

DE MELLO, Marco Aurélio Bezerra. **Curso de Responsabilidade Civil.** São Paulo. Atlas. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral.** Volume 3. São Paulo: RT, 2004.

JESUS, Damásio. **Direito penal: parte geral,** ed 36. São Paulo Saraiva. 2015.

MORAIS, Leicimar. **Responsabilidade penal médica: os limites da responsabilização penal do médico.** Instituto Direito Real, 05 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://direitoreal.com.br/artigos/responsabilidade-penal-medica-os-limites-da-responsabilizacao-penal-do-medico>>. Acesso em 06 nov. 2022.

NASCIMENTO, Anna Carolina Barcellos Coutinho do. Et. al. **Erro médico e prevenção de ações judiciais: Análise dos deveres anexos na relação médico-paciente para além**

da assistência técnica. Brazilian Journal of health Review. Braz. J. Hea. Rev., Curitiba, v. 3, n. 4, p. 8717-8731jul./aug. 2020. Disponível em: <<https://brazilianjournals.com/ojs/index.php/BJHR/article/view/13511/11325>>. Acesso em: 24 out. 2022.

PRATES, Núria Derviche; MARQUARDT, Marcelo. **A responsabilidade penal do médico e o processo penal.** Simpósio de Medicina e Direito. J Vasc Br 2003, Vol. 2, Nº3. Disponível em: <<https://www.jvascbras.org/article/5e20c19d0e88254201939fde/pdf/jvb-2-3-241.pdf>>. Acesso em 05 nov. 2022.

ROSTIROLLA, Augusto. *Et. al.* **A teoria geral do crime: conceito e elementos.** Revista Ibero- Americana de Humanidades, Ciências e Educação- REASE. São Paulo, v.7.n.2. fev. 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/lucel/Downloads/27.04-artigo-kipper-final-rolla.pdf>. Acesso em 30 out. 2022.

A RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO PELO DISTRATO E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO EMPREGADO HIPOSSUFICIENTE GARANTIDO PELA ASSISTÊNCIA DO SINDICATO.

YONARIA ALVES PATRICIO:
Advogada Pós-graduanda em
Direito e Processo do Trabalho

ANA PATRÍCIA RODRIGUES PIMENTEL
(coautora)

RESUMO: O presente artigo visa compreender a modalidade de extinção do contrato de trabalho pelo distrato, inserido no sistema justalboralista pela Lei nº 13.467/2017. Buscando analisar se a faculdade da homologação sindical nas rescisões trabalhistas fere o princípio da proteção ao trabalhador, considerando que tal assunto é de relevância significativa, por se tratar de uma temática recente e que ainda está em estudo, para se identificar as consequências da legalização do distrato no direito do trabalho. Sendo assim, se faz necessário verificar quais as modalidades de extinção de contrato de trabalho existente no ordenamento jurídico, para que se verifique a modalidade do distrato objeto de estudo deste trabalho, sendo uma modalidade de extinção contratual realizada por mútuo consentimento, ou seja, acordo entre empregado e empregador. Nesse sentido é importante uma análise do princípio da proteção ao empregado, partindo da premissa que exista uma disparidade entre as partes, bem como também analisando ainda as alterações da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) em relação ao direito coletivo do trabalho, no que concerne a não obrigatoriedade da homologação da rescisão do contrato de trabalho junto ao sindicato, buscando verificar se tal modificação fere o direito fundamental do trabalhador.

Palavras-chaves: Distrato. Extinção de contrato. Reforma trabalhista.

ABSTRACT: This article aims to understand the modality of termination of the employment contract by termination, for the cancellation inserted in the just-labor system by Law nº 13.467/2017. Seeking to analyze whether the faculty of union approval in labor terminations violates the principle of worker protection, considering that this subject is of significant relevance, as it is a recent theme and that is still under study, in order to identify the consequences of the legalization of labor termination of labor law. Therefore, it is necessary to verify the modalities of termination of an employment contract existing in the legal system, in order to verify the type of termination that is the object of this study, being a type of contractual termination carried out by mutual consent, that is, agreement between employee and employer. In this sense, an analysis of the principle of employee

protection is important, based on the premise that there is a disparity between the parties, as well as also analyzing the changes in the Labor Reform (Lei nº 13.467/17) in relation to collective labor law, with regard to the non-mandatory approval of the termination of the employment contract with the union, seeking to verify whether such modification violates the fundamental right of the worker.

Key-words: Termination. termination of contract. labor reform.

1.INTRODUÇÃO

A lei 13.467/2017 alterou substancialmente o direito do trabalho no Brasil, uma dessas mudanças foi em relação a extinção do contrato de trabalho. Antes da reforma a legislação previa diversas formas de rescisão do contrato de trabalho, como a dispensa por justa causa, dispensa sem justa causa, a rescisão indireta, dentre outras; mas não previa a mútua vontade das partes em finalizar este contrato; neste cenário de falta de regulamentação empregado e empregador realizavam um distrato de maneira informal.

Com o intuito de colocar fim nessa informalidade, a reforma trabalhista inseriu na Consolidação das Leis Trabalhistas-CLT o artigo 484-A, que regulamenta como deve ocorrer a extinção do contrato quando houver o consentimento de ambas as partes. Essa inovação traz a possibilidade de extinção consensual do contrato, ou seja, um acordo entre empregado e empregador. Nesse caso, o patrão pagaria multa de 20% com relação ao valor depositado no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e o empregado poderia sacar até 80% do fundo, mas perderia o direito ao seguro-desemprego.

Nessa seara, discute-se também a ausência de assistência ao empregado, nesse modelo de rescisão visto que, no distrato não há necessidade de homologação perante o respectivo sindicato profissional, pois a previsão da assistência sindical foi extinta pela reforma trabalhista, que revogou o § 1º do art. 477 da CLT.

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise acerca da reforma trabalhista, quanto ao distrato, enquanto forma de rescindir o contrato de trabalho, avaliando se esse modelo de rescisão resguarda o princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente, levando em consideração que as tratativas são realizadas apenas entre empregado e empregador, sem intervenção ou a assistência sindical.

Para fundamentar o presente trabalho, foram realizadas pesquisas bibliográficas e documental, valendo-se de obras bibliográficas, artigos científicos, teses e dados diversos que complementam o objeto central da pesquisa. A abordagem segue o rumo qualitativo buscando a análise dos dados levantados para obter o resultado pretendido, junto com a utilização do método dedutivo.

O presente artigo está organizado em três capítulos, além da introdução e a conclusão, sendo que o primeiro capítulo busca conceituar as modalidades de contrato de trabalho, e as formas de rescisão contratual, fazendo uma breve explanação sobre cada uma delas, nesse contexto será apresentado como se dá a rescisão contratual pelo distrato.

O segundo capítulo apresenta uma breve reflexão sobre o princípio constitucional da proteção ao trabalhador, trazendo uma análise da assistência sindical como instrumento de efetivação do princípio da proteção, nos casos de rescisão contratual pelo distrato, com o intuito de analisar se o distrato como sendo uma forma de rescisão contratual realizado apenas entre empregado e empregador, sem a assistência do sindicato garante o princípio da proteção ao trabalhador.

Por fim o terceiro capítulo aborda acerca da necessidade de assistência sindical na extinção do contrato de trabalho pelo distrato, como forma de preservar as garantias de proteção do trabalhador hipossuficiente

Desta forma será possível chegar a uma conclusão acerca da inclusão do distrato como uma modalidade de rescisão contratual realizada apenas entre empregado e empregador sem a assistência sindical, verificando se esta prima pelo princípio constitucional de proteção aos direitos do trabalhador hipossuficiente.

2.CONTRATO DE TRABALHO E AS FORMAS DE RESCISÃO.

A CLT em seus artigos 2º e 3º tipifica quem poderá ser considerado empregador e empregado, para assim surgir uma relação de emprego entre as partes. O empregador podendo ser empresa, individual ou coletiva que assuma os riscos que poderão acontecer, como também que admita pessoas assalariadas em contrapartida da prestação de serviço destas; e já o empregado é considerado toda pessoa física que presta seus serviços ao empregador, mediante a remuneração (DELGADO, 2014, p. 546).

Para que exista uma relação de emprego entre o trabalhador e o empregador, BARROS (2013, p. 173) cita que é necessário que elementos constitutivos estejam presente nessa relação, nos quais a pessoalidade e o trabalho não eventual são fundamentais, sendo necessário que o funcionário tenha o dever de comparecer todos os dias pessoalmente ao seu local de trabalho, não podendo se fazer substituir por outrem ou então ir em dias alternados, não estipulados pelo contrato de trabalho. Também são necessárias para a caracterização da relação de emprego a remuneração e a subordinação, devendo o empregado receber uma contraprestação pelo serviço prestado, ao empregador. BARROS (2013, p. 186)

A relação entre empregado e empregador só se firmará mediante contrato de trabalho, ou seja, só haverá vínculo trabalhista se as partes, empregado e empregador se unirem mediante um contrato. Sendo que para Jorge Neto (2019. p.340) o contrato de trabalho possui como elemento constitutivo: Ser bilateral ser oneroso, comutativo, intuito personae, consensual, de prestação sucessiva ou de execução continuada e ter dependência hierárquica. O contrato bilateral é todo aquele que as obrigações são recíprocas. No caso da relação de emprego, o empregado presta os serviços, enquanto é de dever do empregador o pagamento do salário correspondente às atividades prestadas.

O contrato é oneroso, pois na relação de trabalho envolve ônus e bônus de forma recíproca entre as partes. Entende ainda que o referido contrato é comutativo, pois no ato da pactuação o salário e a função são estipulados, não podendo o empregador exigir tarefas que não compõem o rol de atividades, conforme a função que contrata seu trabalhador, bem como também é um contrato consensual pois é aperfeiçoado com a mera manifestação da vontade das partes, não havendo a entrega de nenhuma coisa. Explica ainda o autor, que o contrato possui cunho sucessivo, pois transcende ao tempo em parcelas vencidas e vincendas dado o caráter indeterminado do contrato e, por fim, a subordinação hierárquica, uma vez que o empregado fica à disposição do empregador, a cumprir demandas que lhe foram delegadas.

Um dos momentos que gera maior desentendimento entre empregado e empregador é o momento de rescindir o contrato de trabalho, pois em muitos casos, as partes não conseguem chegar a um acordo, acerca das verbas devidas, assim cada uma das partes entende que a outra quer prejudicá-lo. Segundo GOMES e GOTTSCHALK.

Há diversas formas de rescisão prevista pela legislação trabalhista, sendo que a rescisão pode ser bilateral, por vontade das partes, onde empregado e empregador, têm liberdade para regular seus interesses, e a unilateral, por vontade do empregado ou empregador com ou sem justa causa, sendo que nesta modalidade onde há umas grandes incidências de conflitos, e demandas judiciais. (GOMES e GOTTSCHALK. 2012.)

Com a vigência da lei 13.467/2017, intitulada reforma trabalhista, adveio algumas mudanças quando se trata da rescisão do contrato de trabalho, de acordo com o texto reformador, as mudanças visam modernizar as relações de trabalho, e adequar as regras existentes às necessidades dos trabalhadores e empregadores, o que inclui mudanças significativas na rescisão contratual, o que de acordo com o legislador objetiva diminuir as demandas judiciais e normatizar práticas de rescisão que já são adotadas por empregadores e empregados.

2.1 FORMAS DE RESCISÃO DO CONTRATUAL

A extinção do contrato de trabalho e amparado pela Constituição Federal (CF/88), que em seu art. 7º, inciso I, visa a proteção da relação de emprego diante da dispensa arbitrária ou sem justa causa e conseqüentemente estabelece indenização compensatória quanto à sua dispensa, entre outros direitos rescisórios. Bem como também encontra se previsão acerca da rescisão do contrato de trabalho, na Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943, através do Título IV, Capítulo V, artigos 477 a 486, essas rescisões se dão de variadas formas.

Para Jorge Neto as causas terminativas de contrato de trabalhos estão relacionadas à: a) vontade das partes seja ela unilateral ou bilateral (pedido de demissão, extinção de contrato imotivada pelo empregador e acordo mútuo, que é o foco dessa pesquisa; b) ao não cumprimento das obrigações contratuais (extinção de contrato por justa causa, rescisão indireta e culpa recíproca); c) quanto à situações fortuitas, conhecida também como causas supervenientes, como morte do empregado ou força maior (JORGE NETO 2019,p.529).

Com a vigência da Lei 13.467/2017 surgiram algumas mudanças significativas no regramento que dispõe sobre as formas de rescisão contratual, bem como a inclusão de uma nova modalidade, que na prática já era adotada na relação contratual, porém não era regulamentada pelo ordenamento jurídico. São classificadas das seguintes formas de extinção do contrato de trabalho.

2.1.1 Extinção por rescisão- dispensa sem justa causa por ato do empregador, pedido de demissão por ato do empregado

Rescisão ou rescisão é a cessação dos efeitos de um contrato pelas próprias partes, ou por uma delas, independentemente de intervenção judicial, podendo se dar de forma unilateral ou bilateral, conforme dispõe Gomes e Gottschalk.1987, p. 434. A rescisão corresponde aos modos de ruptura por exercício lícito da vontade das partes. Esse grupo abrange três tipos de extinção contratual: a rescisão unilateral por ato do empregado (pedido de demissão), a rescisão unilateral por ato empresarial (dispensa sem justa causa ou dispensa desmotivada) e a rescisão bilateral, isto é, o distrato (DELGADO, 2014, p. 1219).

A dispensa sem justa causa, geralmente se dá por questões empresariais que podem ser ensejadas por várias razões, sendo que o empregador dispensa o empregado, sem causa específica, não havendo necessidade de justificção. Nesse tipo de rescisão cabe ao empregador pagar as verbas devidas ao empregado, sendo garantido desde o saldo de salário, aviso prévio de 30 dias, aviso prévio indenizatório, caso o empregado esteja há mais de um ano na empresa, férias vencidas e proporcionais, um terço em relação às férias,

13ª salário proporcional aos meses trabalhados, como também a multa do FGTS de 40% (.MARTINS, 2014, p.124).

Na dispensa unilateral ou pedido de demissão, o trabalhador não estando satisfeito por qualquer que seja o motivo, pede o desligamento da empresa, também não necessitando de justo motivo para romper com seu contrato de trabalho, nesta hipótese o trabalhador tem direito ao saldo de salário, 13º proporcional, férias proporcionais acrescidas de $\frac{1}{3}$, e não tem direito ao recebimento do seguro-desemprego e nem de sacar os valores depositados na conta do FGTS.

Nascimento conceitua a rescisão por parte do empregador como sendo um tema de grande importância para o direito do trabalho, pelo seu significado para o trabalhador, pelas consequências econômicas que podem se projetar sobre este e sua família e pelos reflexos sociais que o problema do desemprego pode trazer. (NASCIMENTO.2013, p. 485).

Considerando que o direito do trabalho tem como princípio a proteção do trabalhador, o momento da rescisão do contrato de trabalho é um momento delicado, onde o trabalhador, enquanto parte hipossuficiente na relação de trabalho necessita de auxílio, e proteção visando assim garantir que todas as verbas rescisórias sejam pagas corretamente, e seus direitos garantidos.

2.1.2 Extinção por resolução- dispensa por justa causa e Demissão indireta- com culpa.

A resolução do contrato de trabalho se opera quando há um ato faltoso do empregado ou do empregador, ou seja, a rescisão indireta ou a justa causa, respectivamente, sendo que em muitos casos as partes recorrem ao poder judiciário para colocar fim à relação de emprego.

A dispensa por justa causa, caracteriza-se pela atitude incorreta do empregado, tipificado no art. 482. CLT. Para Martins (2014, p. 126) a justa causa possui elementos subjetivos e objetivos, nos quais os subjetivos referem-se ao funcionário que agiu com culpa, através da negligência, imprudência ou imperícia, ou com dolo, no qual realmente teve a intenção de cometer o ato que ensejou a justa causa. Para definir os requisitos objetivos, deve-se considerar primeiramente que a conduta seja tipificada, devendo analisar a gravidade do ato, como também o nexo de causalidade. Mas essa transgressão tem que ser de tamanha gravidade que impossibilite o prosseguimento dessa relação contratual de emprego, e por conta dessa dispensa motivada o empregado tem drasticamente reduzido seus recebimentos, os quais serão reduzidos apenas ao recebimento de férias vencidas e saldo de salário.

Para praticar tal modalidade de rescisão é necessário haver a proporcionalidade, não devendo ser o empregado dispensado por falta anterior, ou seja, o ato faltoso praticado pelo trabalhador deve ser tão gravoso, que a medida cabível aplicada poderá ser a justa causa. Nascimento destaca que a falta praticada deve ter relação com o serviço laborado pelo empregado dentro da empresa. Nascimento (2013, p. 502),

As hipóteses configuradoras da justa causa a ser aplicada no contrato de trabalho não foram alvo de alteração pela Reforma Trabalhista que, a bem da verdade, somente acresceu mais uma possibilidade, sendo possibilitada a ruptura contratual nessa modalidade quando a perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado, (incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

A dispensa indireta é a cessação do contrato de trabalho por decisão do empregado em virtude da justa causa praticada pelo empregador. As faltas graves praticadas pelo empregador dão margem ao justo motivo para o rompimento do contrato de trabalho por iniciativa do empregado. Os motivos que levam à justificativa desta modalidade de rescisão de contrato de trabalho estão previstos no artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Nesse caso, o empregado se sente constrangido e é vítima de atitudes manifestamente abusivas ou ilegais por parte do empregador, e entende que não tem mais condições de trabalhar na empresa e promoverá uma ação de rescisão indireta, mas para que isso aconteça é imperioso que o empregado consiga provar o que alegações contra o empregador, e caso consiga sustentar as suas alegações em juízo sendo reconhecido o seu direito no final do processo, o empregado recebe todas as verbas que lhe seriam devidas se tivesse sido dispensado sem justa causa, inclusive a indenização de 40% dos depósitos do FGTS.

2.1.3 Extinção por acordo entre as partes

O contrato por prazo determinado - Esse tipo de contrato possui um regulamento e efeitos jurídicos, bem diferenciado das demais modalidades contratuais, tendo em vista, que possui prazos limitados, impondo também restrições na rescisão contratual. Hipóteses em que se é feito o contrato por tempo determinado, com previsão legal no artigo 443, parágrafo segundo da lei de consolidação trabalhista – CLT.

Portanto, nesse caso a extinção deste contrato já é de plano estipulada pois já é definido o dia de iniciar a atividade, e o dia da sua extinção. Nesse caso, o empregado terá direito a férias proporcionais; 13º salário proporcional; e levantamento dos depósitos do FGTS. Caso tenha havido a extinção antes do decurso do prazo previsto no contrato, ou

seja, a rescisão antecipada, ocorreu devido à falta grave cometida pelo empregado, ele terá direito a somente os salários devidos no período, se ocorreu sem justa causa, o empregado terá direito a indenização; 13º proporcional; levantamento do FGTS + multa de 40%; e férias proporcionais. Contudo, se ocorreu por iniciativa do empregado, este deverá indenizar o empregador no valor correspondente ao que seria devido se a rescisão tivesse sido causada por vontade do empregador.

E a novidade trazida pela Reforma, foi a extinção em comum acordo ou distrato, que é o objeto de estudo do presente trabalho, sendo que o distrato é uma modalidade de rescisão do contrato de trabalho onde empregado e empregador resolvem de forma amigável rescindirem o contrato de trabalho, sem participação da Justiça do Trabalho e do Sindicato da Categoria. Essa modalidade é uma inovação trazida pela na Reforma Trabalhista, que inseriu o art. 484-A da CLT Decreto-Lei n 5.452 de maio de 1943, onde antes das alterações inseridas pela reforma vigorava a não possibilidade de haver acordo na rescisão do contrato de trabalho, devido à proteção aos direitos trabalhistas inerentes às partes, sendo que visa principalmente a proteção ao trabalhador, por ser considerada a parte hipossuficiente da relação de trabalho. Para Correia e Miessia:

A Reforma Trabalhista tem impacto em todo o ordenamento jurídico trabalhista, uma vez que regulamenta diversos institutos jurídicos e apresenta as tendências legislativas em relação a esse ramo do Direito. Algumas alterações atingiram até a própria estrutura do direito do trabalho, como a ampliação significativas de acordos individuais e a grande possibilidade de negociação coletiva. (CORREIA e MIESSA, 2018, p.11).

Entende-se que o acordo informal já era presente na prática trabalhista antes mesmo do advento da Lei 13467/2017 reforma trabalhista, que veio para legalizar tal prática, que contava apenas com alicerce doutrinário, como definia Martins, empregado e empregador poderão pactuar, mediante acordo, a cessação do contrato de trabalho. É o que se chama de distrato. Os próprios interessados estabelecerão quais serão as formas e consequências do rompimento do vínculo de emprego. (MARTINS, 2017, p. 595).

Acerca das verbas trabalhistas que serão devidas nesta modalidade de rescisão do contrato, o Art.484-A da CLT traz a seguinte disposição:

I – Por metade:

a) o aviso prévio, se indenizado;

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;

II – Na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

A celebração do distrato não impede o trabalhador de ingressar na Justiça do Trabalho para pleitear valores devidos ou direitos fundamentais outros que, eventualmente, tenham sido abusivamente negados pelo empregador, como o caso de horas extras trabalhadas e não pagas. A modalidade de rescisão em comum acordo, e vista como uma inovação legislativa que coloca fim a ilegal prática de celebração de acordos que simula uma dispensa imotivada, além de proporcionar aos empregados e empregadores a não manterem contratos de trabalho com insatisfação dos envolvidos, tendo em vista que tais cenários dificilmente findam sem conflitos.

Um ponto de destaque, que é considerado uma inovação trazida pela reforma trabalhista é a dispensa da obrigatoriedade de homologação da rescisão no sindicato respectivo da categoria, sendo que antes da vigência do texto reformado, a CLT previa a obrigatoriedade de que todo empregado com mais de um ano na empresa, para fazer a rescisão do contrato era necessário que a mesma fosse homologada perante o sindicato da categoria respectiva ou pelo órgão do governo que era conhecido como Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), hoje substituído pelo Ministério da Economia.

Neste cenário onde não há mais obrigatoriedade de assistência sindical para homologação da rescisão e importante uma análise aprofundada sobre a proteção do trabalhador, no momento de rescisão dentro da própria empresa, visando garantir que as verbas rescisórias sejam pagas corretamente.

3.A ASSISTÊNCIA SINDICAL E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

O princípio da proteção ao trabalhador, surgiu da verificação de uma desigualdade fática entre os dois polos da relação de emprego. Nesse sentido, o direito do trabalho tem a finalidade de solucionar os conflitos nas relações de trabalho, através do tratamento diferencial das partes, proporcionando algumas vantagens ao empregado, visando com essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre empregado e empregador.

Cassar (2014, p. 169) destaca que a diretriz principal do Direito do Trabalho é “a proteção do trabalhador, uma vez que o empregado não tem a mesma igualdade jurídica que o empregador, como acontece com os contratantes no Direito Civil.

As leis trabalhistas também são criadas com o intuito de proteger os direitos fundamentais e da personalidade, como a integridade física, defesa da saúde humana, e a própria dignidade ao trabalhador, tornando-se até mesmo mais importante que o direito econômico, sendo está uma política social (NASCIMENTO, 2013, p. 54).

Com o intuito de garantir que essa proteção aos trabalhadores, os sindicatos profissionais são responsáveis pela defesa dos interesses trabalhistas e econômicos das respectivas categorias profissionais a que pertencem, como dispõe os artigos. 511 e 512, da CLT, e são considerados instrumentos de desenvolvimento da democracia através da representação de classes, na promoção dos interesses individuais e coletivos.

De acordo com a CLT os sindicatos possuem três funções reconhecidas: a representatividade, a negocial e a assistencialista. De acordo com Delgado

A primeira função, ou também chamada de prerrogativa, trata de o sindicato agir em nome da coletividade, defendendo o interesse da relação de trabalho, colocando-se à frente de confrontos com os empregadores para garantir o direito coletivo de trabalho seja na esfera administrativa ou judicial conforme espina o art. 8º da Constituição Federal. DELGADO, 2011, p. 96)

Diante do cenário de flexibilização de Direitos do trabalhador, de mitigação do princípio da proteção ao trabalhador, a Reforma Trabalhista, na tentativa de reduzir tal mitigação, bem como manter a presença do sindicato traz a alternativa do reconhecimento das convenções e acordos coletivos, sobressaindo o negociado sobre o legislado, conforme artigo 611- A da CLT, assim surge para os sindicatos das categorias profissionais a opção de adesão a cláusula da obrigatoriedade da homologação sindical, para que o princípio da proteção seja mantido, mesmo com o advento das flexibilizações inseridas pela reforma trabalhista, sendo de acordo com o legislador uma forma de proteger o trabalhador, enquanto parte hipossuficiente na relação de emprego.

Nesse sentido O entendimento do próprio legislador em facultar, a inserção desta cláusula nas convenções trabalhistas, exhibe a importância de as rescisões serem assistidas pelos os Sindicatos da categoria profissional, onde fica evidenciado que o trabalhador necessita de amparos legais no momento da rescisão do contrato, e como a CLT retirou a obrigatoriedade desse amparo, em relação às rescisões, essa proteção cabe aos sindicatos, de forma que as convenções ou acordos coletivos venha a garantir essa proteção.

3.1 DISPENSA DE HOMOLOGAÇÃO SINDICAL DA RESCISÃO CONTRATUAL

Antes da vigência da Lei 13.467/2017 o sindicato era apresentado como sendo uma entidade de suma importância para garantir a proteção ao trabalhador, pois em casos de violação aos direitos trabalhistas eram estes que deveriam intervir dando assistência, e garantindo os direitos do trabalhador. E, nesse viés protecionista, havia a obrigatoriedade de homologação da rescisão junto ao sindicato para empregados com um ano ou mais no emprego. As rescisões deveriam ser assistidas pelos sindicatos da categoria profissional, Ministério do Trabalho e Previdência Social ou então pela Justiça do Trabalho. Com a vigência de Lei 13.467/2017 a homologação da rescisão com a presença dos sindicatos deixou de ser uma obrigatoriedade.

Os sindicalistas acreditam que a reforma veio para trazer insegurança aos empregados, fazendo com que gere desconforto profissional, diminuição nas taxas de produções e aumentando no desemprego no país.

Nesse sentido, a posição de Schiavi s perante o conceito sobre a lei (2017, p. 411) e que a Lei é polêmica, pois, em diversos dispositivos, muitos apontam precarização das condições de trabalho e restrição ao acesso do trabalhador ao Judiciário. Outros aplaudem o texto, argumentando que a nova Lei criará novos postos de trabalho e reduzirá a litigiosidade na Justiça do Trabalho.

Já de acordo com Moreto (2015)

A reforma trabalhista não traz perspectiva de resolver os problemas estruturais, do mercado de trabalho, mas tende a agravá-lo ao difundir formas de contratação atípicas, institucionalizar formas precárias de contratação e baratear os custos da despedida com os "acordos" diretos e a não realização da homologação nos sindicatos.

De acordo com o legislador a flexibilização permitindo que o distrato seja formalizado apenas entre empregado e empregador sem intervenção do sindicato, se dá pelo fato de a rescisão tratar de interesse de ambas as partes, bem como entende que a medida faz parte de uma manifestação dos novos tempos do direito do trabalho, onde

garante maior autonomia ao trabalhador que tem interesse em pedir demissão, mas não o faz por não receber algumas verbas rescisórias, como era disciplinado pela CLT, antes da reforma trabalhista.

A reforma veio ainda com a ideia de legalizar, uma prática de realização de acordo para rescisão do contrato de trabalho, sendo que já era praticado, informalmente e sem segurança jurídica, pois a lei considerava como sendo uma fraude.

Assim muitos estudiosos entendem que a legalização do distrato é positiva desde que não exista coação patronal e aconteça realmente de acordo mútuo das partes para um bem coletivo.

Destaca-se que antes da reforma trabalhista vigorar, havia todo um rito que deveria ser seguido pelo empregador no momento da rescisão, sendo que era necessário marcar hora no sindicato e estarem presentes o empregador e o empregado, o representante sindical conferia toda a folha de rescisão e, se entendesse necessário, orientava os empregados quanto aos valores recebidos para, só então, esse procedimento ser encerrado, tal procedimento visava garantir a assistência ao empregado no momento de conferência das verbas trabalhistas, o que garantia maior segurança ao mesmo, considerando que em muitos casos, o mesmo não tem conhecimentos técnicos para identificar se as verbas devidas, estão sendo pagas corretamente. O que certamente garantirá maior segurança ao trabalhador que, muitas vezes não tem conhecimento jurídico para fazer a conferência dos valores devidos.

A não obrigatoriedade de homologação das rescisões no sindicato, poderá ter como consequência prejuízo ao trabalhador que não contara com a orientação de um especialista, assim pode ocorrer de o trabalhador apenas assinar a rescisão sem de fato ter a certeza que os cálculos realizados pelo empregador estão corretos, o que gera insegurança para este. Com isso, é perceptível que na tentativa de talvez desburocratizar os procedimentos, com a prevalência do negociado sobre o legislado, o princípio constitucional da proteção ao trabalhador acaba sendo mitigado. Neste cenário Gonçalves destaca que

haverá uma maior facilidade para a ocorrência de fraudes na rescisão pelo distrato, pois o empregado, parte hipossuficiente da relação de trabalho, muitas vezes não possui o conhecimento das verbas trabalhistas, fazendo com que não questione sobre as verbas rescisórias, ficando o seu direito desamparado. (GONÇALVES, 2018, p. 108)

Na tentativa de suprimir a falta de proteção ao trabalhador, a Reforma Trabalhista, trouxe a alternativa do reconhecimento das convenções e acordos coletivos,

sobressaindo o negociado sobre o legislado, conforme artigo 611-A da CLT, podendo alguns direitos serem flexibilizados (LOURO, 2017). Assim alguns sindicatos da categoria profissional, decidiram em suas convenções coletivas aderirem a cláusula da obrigatoriedade da homologação sindical, visando garantir o princípio da proteção seja mantido, mediante a Reforma Trabalhista. Assim Apesar de a nova redação dada ao artigo 477 da CLT retirar a obrigatoriedade da homologação da rescisão do contrato de trabalho, estando o direito a homologação assegurado em norma coletiva, este permanecerá e obrigatoriamente deverá ser adotado pelas empresas, sob pena de ser considerada nula a rescisão contratual, com isso ver se uma alternativa para que os sindicatos continuem prestando auxílio ao trabalhador na rescisão do contrato de trabalho.

É evidenciado o motivo pelo qual as convenções trabalhistas optaram por incluir a cláusula da homologação sindical, no qual a faculdade desse dispositivo, faria com que os trabalhadores ficassem expostos a riscos no momento da rescisão, sendo que poderiam não receber valores que eram devidamente devidos pelos empregadores, sendo este um dos temas mais recorrentes nas ações trabalhistas. Para Borges como as convenções coletivas, a partir da Lei nº 13.467/17, tiveram primazia em relação a CLT, tal cláusula nas Convenções já era esperada desde a modificação da obrigatoriedade para a faculdade (BORGES, 2018.)

Contudo nada impede que o empregado, no momento da rescisão, mesmo na empresa, caso tenha receio de fraude no pagamento das verbas rescisórias, esteja acompanhado por um advogado ou por um representante do seu sindicato, basta que ele tome a iniciativa e busque essa assistência.

No entanto, na realidade dos casos, o empregado não tem condições financeiros para contratar um advogado para assisti-lo no momento da rescisão, e fazer a conferência dos cálculos das verbas rescisórias que estão sendo pagas, bem como, também não possui conhecimento técnico para fazer tal conferência sozinho, e assim, acaba por ficar sem ter a real certeza se as verbas trabalhistas devidas foram pagas de forma correta.

3.2 ASSISTÊNCIA SINDICAL NA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO PELO DISTRATO, COMO FORMA DE GARANTIR A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR HIPOSSUFICIENTE

Com as mudanças nas situações de empregos na atualidade, foi de grande importância a fiscalização dos sindicatos, fazendo com que os princípios protecionistas fossem cada vez mais aplicados, atuando de maneira que a coletividade dos empregados tenha seus direitos garantidos.

Com a modernização da CLT e a prevalência do “negociado sobre o legislado” , priorizando a negociação entre patrões e empregados, como se houvesse uma igualdade substancial nessa relação, de forma que a legislação trabalhista, preconizava a proteção ao trabalhador justamente para amenizar essa desigualdade. E nesse sentido o sindicato atuava fiscalizando e auxiliando o trabalhador, sendo uma dessas formas de fiscalização a obrigatoriedade de homologação da rescisão perante o sindicato, que averiguava se as verbas devidas estavam sendo pagas corretamente.

Antes da Reforma Trabalhista, era previsto no artigo 447, parágrafo 1º da CLT, que hoje está revogado, a obrigatoriedade da homologação das rescisões dos empregados com mais de um ano de serviço nos respectivos sindicatos ou perante ao Ministério do Trabalho e Previdência Social ou então na Justiça do Trabalho, como forma de validação da rescisão. Afirma Delgado que esta possibilidade poderia ser dispensada quando o empregado tinha menos de um ano de contrato de trabalho, porém nada impediria a faculdade de homologação (DELGADO, 2014, p. 1210).

Com as mudanças advindas da reforma trabalhista, a rescisão poderá ser acertada, depois na própria empresa. Assim a conferência e pagamento do Termo de Rescisão será apenas conferido por empregado e empregador, não necessitando ir a nenhum órgão para análise dos valores devidos. (GONÇALVES, 2018, p. 108). Como também serão necessárias apenas quatro vias da rescisão, quando houver a dispensa do empregado, sendo estas três para o empregado, devido ao saque do FGTS e seguro desemprego, e uma via para o empregador.

Os prazos para a quitação também sofreram alterações, passando a ser de dez dias corridos para qualquer modalidade de rescisão, não existindo mais o prazo de um dia para contratos com prazo determinado ou aviso prévio trabalhado.

Gonçalves, destaca ainda a facilidade para a ocorrência de fraudes, uma vez que, muitos trabalhadores não possuem conhecimento das verbas devidas pelo empregador e perderam o auxílio do sindicato ou do órgão governamental, no momento da verificação das verbas trabalhistas rescisórias, garantindo que seus direitos fossem regularmente assegurados. (GONÇALVES 2018.P.108)

As fraudes podem ocorrer tanto no cálculo das verbas rescisórias, como também nos casos em que há dispensa do empregado por parte da empresa, uma vez que, está realiza o pagamento da multa indenizatória sobre o saldo depositado do FGTS, que se não depositado corretamente pela empresa, pode acarretar em pagamentos errados de verbas rescisória, o que muitas vezes, passa despercebido pelo empregado.

A princípio a obrigatoriedade da assistência sindical no momento da rescisão primava por garantir que o empregado enquanto parte hipossuficiente na relação de emprego, estivesse devidamente amparado para evitar a assinatura de recibos de quitação de verbas rescisórias sem correspondência com os pagamentos efetuados e a irregularidade desses pagamentos.

Assim o sindicato tinha a função de fiscalizar o repasse de tais verbas, de forma que garantisse a proteção do trabalhador, o que evitava acordos entre empregados e empregadores de forma que prejudicasse o trabalhador, ou seja, mesmo que o empregado, previamente ajustado com o empregador, manifeste o desejo de receber as verbas parciais que a empresa queira pagar, o sindicato não permitia tais combinações e não havia a formalização do ato homologatório, o que garantia ao trabalhador a receber de forma integral as verbas, e com isso o sindicato tinha um forte papel protetor ao trabalhador nesse momento de rescisão contratual.

Com a chamada modernização trabalhista, trazida pela lei 13.467/2017, foram revogados os parágrafos 1º e 3º do art. 477 da CLT, dispensando, desta forma, a obrigação da homologação da rescisão do contrato de trabalho, em sindicatos de categoria, no Ministério do Trabalho. O objetivo dessa modificação veio sobre o pretexto de desburocratização, pois a rescisão será feita entre empregado e empregador.

Alguns doutrinadores consideram essa faculdade de homologação sindical como um ponto negativo para o trabalhador, e diante das mudanças trazidas pela reforma trabalhista no que concerne ao momento da rescisão do contrato de trabalho, que passa a ser realizada sem a assistência do sindicato para o trabalhador. Para Moraes

A Reforma Trabalhista era um ponto de extrema importância para o cenário atual, porém causou muito espanto a classe trabalhadora, pois como criou direitos novos, também suprimiu os que já eram garantias dos funcionários, ficando estes desamparados por normas legais. Assim a proteção trabalhista ficou à mercê da vontade entre as partes. (MORAES 2018. P.108)

No caso do distrato por comum acordo, a fim de validar a livre vontade do trabalhador, notoriamente hipossuficiente na relação laboral, tal cláusula normativa adquire especial relevância, sendo desejável que os sindicatos profissionais atuem no sentido de buscar sua inclusão nos instrumentos coletivos sendo uma forma de auxiliar os trabalhadores que necessitar no momento da rescisão contratual garantindo que todas as verbas sejam pagas corretamente.

Essa nova modalidade de rescisão pelo distrato autoriza a ruptura do contrato de trabalho por vontade mútua dos envolvidos, implicando, contudo, na renúncia parcial de direito dos envolvidos. Nos casos em que empregado e empregador optarem pelo distrato por comum acordo o trabalhador somente terá direito ao recebimento de metade do aviso prévio; nas ocasiões em que este for indenizado, a multa incidente sobre o FGTS, será reduzida para 20% e o trabalhador não poderá sacar a integralidade do seu FGTS, mas apenas 80% do seu saldo. Importante ressaltar ainda que nessa forma de rescisão, o empregado perderá o direito à habilitação do seguro desemprego.

O recebimento das demais, como saldo de salário, férias e 13º/salário, devem ser pagas normalmente, como na modalidade de dispensa sem justa causa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma trabalhista no que trata da não obrigatoriedade das homologações das rescisões trabalhista, permitindo que a quitação seja realizada nos limites da própria empresa, diretamente entre empregado e empregador, sem a intervenção ou assistência do sindicato da categoria, mitiga o princípio da proteção ao trabalhador, deixando o mesmo desamparado e desassistido, uma vez que, os empregados estão à mercê de seus empregadores, visto que a rescisão é realizada como se houvesse uma igualdade para negociar entre as partes.

Tal desamparo se dá considerando que o trabalhador não tem conhecimento técnico ou jurídico para analisar um termo de rescisão e ter certeza que as verbas rescisórias estão sendo pagas corretamente. Assim será realizada a rescisão nos termos do empregador, pois não haverá nenhuma fiscalização por parte dos órgãos de proteção ao trabalhador.

Então nesse sentido entende-se de suma importância a assistência do sindicato para evitar que o trabalhador seja lesado, garantindo assim o direito constitucional de proteção aos direitos do trabalhador, pois com tantas flexibilização de direitos as fraudes podem ocorrer tanto no cálculo das verbas rescisórias, como também nos casos em que há dispensa do empregado por parte da empresa, uma vez que, esta realiza o pagamento da multa indenizatória sobre o saldo depositado do FGTS, podendo nesse sentido a empresas não ter depositado corretamente o FGTS do trabalhador, fazendo com que a multa seja calculada incorretamente, e em muitos casos tal fato passa despercebido pelo empregado, e nesse contexto a assistência dos sindicatos se torna de grande importância considerando que a rescisão só era devidamente homologada, após a verificação dos cálculos e dos depósitos devidos .

Como a justiça do trabalho tem um viés protecionista ao trabalhador considerado hipossuficiente na relação de emprego, e de suma importância verificar até que ponto a

falta de assistência do sindicato no momento da rescisão garante o princípio da proteção ao mesmo, visto que algumas mudanças advindas da reforma trabalhista transformaram garantias em facultades aos trabalhadores, que como parte hipossuficiente da relação de emprego, não tem condições, ou conhecimento técnico ou jurídico para debater sobre acordos realizados de forma individual e sem a assistência dos órgãos que têm essa função protetorista dos direitos trabalhistas, assim os trabalhadores estão mais suscetíveis a terem seus direitos lesados no momento da rescisão.

Assim com tantas alterações no cenário trabalhista, os trabalhadores ficaram desamparados com a mitigação do princípio da proteção trabalhista, uma vez que, o grande motivo das ações trabalhistas se dava devido as verbas incorretas na rescisão, ou seja, já aconteciam tal reclamação anterior a Reforma, então fica mais evidente a facilidade de acontecerem fraudes no cenário pós reforma trabalhista.

Diante da desigualdade existente na relação empregado e empregador, a maneira mais plausível para que ocorresse o distrato, seria a obrigatoriedade da presença do sindicato em todo procedimento, objetivando a diminuição no número de fraudes e principalmente no número de trabalhadores que possam vir a ser enganados com essa nova modalidade de extinção.

E visando evitar fraudes apesar da reforma não estipular, entende-se necessário que seja feito tudo em documento, e ainda com a presença das autoridades competentes como o Ministério do Trabalho e até mesmo dos sindicatos da categoria para fiscalizar se a rescisão está sendo executado da forma correta, trazendo segurança para as duas partes da relação contratual, para que futuramente não haja uma explosão de demandas judiciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BARROS, Alice Monteiro. Curso de direito do trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr,2013.

Cassar, Vólia Bomfim. (2014). Direito do Trabalho. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.

BRASIL. DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.

BORGES, Fábio. Convenções coletivas ganham cláusula que obriga homologação das rescisões nos sindicatos. **Notícias do TRT-SC**. 2018. Disponível em:

<<http://www.trt12.jus.br/portal/areas/ascom/extranet/noticias/2018/setembro.jsp#n13>>.
Acesso em: 26 set. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 04 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. 382p.

GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. 19. 2012

JORGE NETO, Francisco Ferreira. Direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 340.
4 Ibidem p. 341

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. 10. ed.. Forense, 1987.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. Direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 925.
10 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho.11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p 529

LOURO, Henrique da Silva. Reforma Trabalhista: extensão e limites do negociado sobre o legislado. Migalhas, Ribeirão Preto, 1º dez. 2017. Disponível em. Acesso em: 23 set. 2022.

MARTINS, Sergio Pinto. Curso de direito do Trabalho. 6 ed. São Paulo: Atlas,2014.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho.33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Renato Teles. Análise crítica da reforma trabalhista. Conteúdo Jurídico,Brasília-DF:de 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de Direito Sindical. 7 ed. São Paulo: LTr, 2012

NASCIMENTO, **Iniciação ao direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

GONÇALVES, Gilson. Resumo prático de Direito do Trabalho. 7ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.
_____. Resumo prático de Rescisão de Contrato de Trabalho. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2000.
_____. Rotinas trabalhistas de A Z. 3º ed. Curitiba: Juruá, 2018.

GONÇALVES, Gilson. Resumo prático de Direito do Trabalho. 7ª ed. Curitiba: Juruá, 2007

O SERVIÇO FUNERÁRIO É NECESSARIAMENTE UM SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL?

LAÍS AZEVEDO BARRETO MARQUES: Advogada. Mestranda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-DF), Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN)¹⁶³.

Resumo: O serviço funerário cresce a cada dia no Brasil e é atividade econômica extremamente atraente. Esse potencial de crescimento é, inclusive, justificado por novas tecnologias capazes de atender à gestão de negócios e as demandas desse mercado. Todavia, apesar do evidente crescimento econômico, parece haver uma classificação precipitada e descuidada do serviço funerário como sendo um serviço necessariamente público. Conseqüentemente, pode haver uma adoção equivocada do regime jurídico quando do tratamento desse serviço no País. O presente trabalho busca analisar, portanto, se o serviço funerário é, de modo necessário, um serviço público, tudo isso com vistas a buscar fornecer subsídios para sua melhor prestação na sociedade.

Palavras-chave: Serviço funerário. Serviço público. Regime jurídico.

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico do serviço funerário no Brasil. 3. Contexto atual: possibilidade de discussão sobre o regime jurídico do serviço funerário no Brasil. 4. Considerações finais. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Não é novidade alguma que o setor de serviços funerários é extremamente atraente sob o ponto de vista econômico. A higiene, ornamentação e acomodação do falecido, bem como a cerimônia de velório, quando prestadas por empresa privada, costumam

163 Contato: lais@vnc.adv.br

em média de R\$1.000,00 a R\$2.000,00, podendo chegar a R\$45.000,00 em empresas funerárias de luxo.¹⁶⁴

Aliás, esse mercado fatura em torno de R\$ 7 bilhões por ano, com a operação de aproximadamente 5,5 mil funerárias, mil cemitérios privados e 90 crematórios, que empregam de forma direta mais de 50 mil pessoas. Há quem entenda, inclusive, que esse crescimento se dá até mesmo em razão das dificuldades enfrentadas pelo Poder Público em atender à população.¹⁶⁵

Todavia, ainda hoje, diversos municípios brasileiros possuem seus serviços funerários em regime de monopólio ou com acesso restrito, por meio de autorizações, concessões ou permissões, por vezes exclusivas.¹⁶⁶ Isto é: há, no Brasil, o entendimento majoritário de que os serviços funerários são serviços públicos municipais, de modo que é dos municípios a competência legislativa para regulamentá-los.

Mas esse é um entendimento que, apesar de majoritário, pode ser considerado questionável. Em alguns municípios, por exemplo, permite-se a exploração plena do serviço por empresas privadas, em regime de livre iniciativa. É o caso do Município de Adamantina (SP) que, por meio de sua Lei Complementar nº 141 de 2010, em seu art. 1º, disciplina que os serviços funerários são considerados de caráter essencial e poderão ser prestados pela iniciativa privada, regendo-se pela mencionada lei.¹⁶⁷

A questão também é controversa na jurisprudência, haja vista que, apesar de o Supremo Tribunal Federal replicar, até os dias de hoje, o entendimento de que é "competência municipal" de administrar os serviços funerários, existem julgados divergentes em demais tribunais pátrios.

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal, inclusive, foi firmado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.221, julgada em 9 de outubro de 2003, de modo que o Ministro Relator, Carlos Velloso, assim decidiu:

164 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 8.

165 LOPES, Filipe. Mercado funerário mostra crescimento e investe em sofisticação de serviços. *Fecomércio*, 11/11/2015. Disponível em: <https://www.fecomercio.com.br/noticia/mercado-funerario-mostra-crescimento-e-investe-em-sofisticacao-de-servicos>; acesso 26/06/2022.

166 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 8.

167 Lei Complementar nº 141/2010 do Município de Adamantina. Disponível em: <https://www.adamantina.sp.leg.br/leis/norma-juridica>; acesso em 25/06/2022.

"Os serviços funerários constituem, na verdade, serviços municipais, tendo em vista o disposto no art. 30, V, da Constituição: aos municípios compete 'organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial'. Interesse local diz respeito a interesse que diz de perto com as necessidades imediatas do município. Leciona Hely Lopes Meirelles que 'o serviço funerário é da competência municipal, por dizer respeito a atividades de precípua interesse local, quais sejam, a confecção de caixões, a organização de velório, o transporte de cadáveres e a administração de cemitérios' (Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, 10ª edição, 1998, atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Célia Marisa Prendes, Malheiros Editores, pág. 339)"¹⁶⁸

Talvez – e alguns estudiosos assim comentam¹⁶⁹ – a predominância do entendimento do serviço funerário como necessariamente um serviço público no Brasil se dê pelo próprio histórico constitucional da questão, já que, em textos constitucionais passados, esses serviços eram expressamente reservados aos municípios. O que parece ocorrer, em verdade, é que a jurisprudência atual sobre o tema se baseia em constituições pretéritas e em doutrina que não se deve utilizar para interpretar a atual Carta Política.¹⁷⁰

Ou seja, há margem para que se discuta se o serviço funerário é, de modo necessário, um serviço público no Brasil. Nesse sentido, é possível se discutir o regime jurídico a que ele se aplica. Essa margem, inclusive, se relaciona com o fato de que não há, no atual texto constitucional, qualquer listagem do serviço funerário como sendo serviço público ou função pública, tampouco existem ressalvas com relação a essas atividades na Constituição Federal de 1988, o que sugere que não existe motivo para que sejam consideradas de acesso restrito aos particulares.

Discutir se o serviço funerário é, necessariamente, um serviço público no Brasil importa porque a partir daí se pode entender com maior clareza o regime jurídico que se a ele se aplica, até mesmo porque se trata de serviço necessário a todo e a qualquer

¹⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1221, Relatoria Min. Carlos Velloso, julgada em 09/10/2003.

¹⁶⁹ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹⁷⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. Serviços funerários são serviços públicos?. *Migalhas*, 07/07/2010. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/108545/servicos-funerarios-sao-servicos-publicos>; Acesso em 23/06/2022.

indivíduo, bem como é assunto ainda pouco estudado, com escassas obras publicadas na doutrina nacional.

Esse é objetivo do presente trabalho. Não se pretende aqui meramente analisar como a jurisprudência e como a doutrina vêm se manifestando com relação ao caráter do serviço funerário no Brasil. Pretende-se, mais que isso, pensar se há margem para novas possibilidades de classificação, bem como se é viável – ou se parece ser – a aplicação de demais regimes jurídicos nos casos de prestação desse serviço.

Mais que isso, a análise mais atenta sobre o tema pode contribuir, com toda certeza, à melhor prestação do serviço à população, porque a gestão de cemitérios, por exemplo, pode ser um grande desafio para as prefeituras, já que nem sempre o orçamento é suficiente para custear salários e serviços de manutenção, o que, nesses casos, torna os cemitérios estruturas deficitárias dentro da gestão pública. Mais que isso, cemitérios pouco cuidados podem se tornar um problema ambiental, especialmente porque podem ser responsáveis pela contaminação do lençol freático.¹⁷¹

Para além do problema ambiental, as gestões municipais, ao administrar os cemitérios, contam com problemas como o da insuficiência na gestão de informações, já que se os dados não forem de fácil acesso, se torna difícil manter o controle dos sepultamentos, corpos e taxas pagas ao longo das décadas. Não há, ainda, uma gestão de dados eficiente nas prefeituras brasileiras, o que implica, muitas vezes, a má prestação do serviço aos cidadãos.¹⁷²

Outro problema enfrentado pelas gestões municipais é o déficit orçamentário para prestação do serviço de sepultamento. Isso porque, na maioria das vezes, as taxas pagas pela população não são capazes – nem de perto – de bancar o custeio dos salários e os gastos com a manutenção necessária. Ainda, conta-se com a dificuldade de controlar o espaço dos cemitérios, porque demandam uma rígida averiguação da capacidade de novos sepultamentos, sendo existente o risco de que essa capacidade de enterrar corpos se esgote.¹⁷³

171 SEGUEZZI, Elaine Moraes Bargiela. *Gestão administrativa dos cemitérios públicos municipais, aplicada a prevenção do esgotamento do espaço cemiterial*. Disponível em: <file:///C:/Users/LAIS%20AZEVEDO/Downloads/Dialnet-GestaoAdministrativaDosCemiteriosPublicosMunicipai-7952210.pdf>; acesso em 24/06/2022.

172 Disponível em: <https://www.ipm.com.br/blog/administracao-geral/gestao-de-cemiterios-veja-como-a-tecnologia-facilita-o-trabalho-das-prefeituras/>; Acesso em 21/06/2022.

173 Disponível em: <https://www.ipm.com.br/blog/administracao-geral/gestao-de-cemiterios-veja-como-a-tecnologia-facilita-o-trabalho-das-prefeituras/>; Acesso em 21/06/2022.

Comente-se, aliás, que os cemitérios públicos municipais geram alto custo de manutenção, limpeza, pessoal, máquinas e equipamentos, materiais de consumo, sistemas operacionais, sistemas informatizados, arquivos, bibliografia como livros de concessões, inumações, exumações, traslado de restos mortais, processos administrativos, conservação, restauro e digitalização.¹⁷⁴

Portanto, para o desenvolvimento do presente estudo, partiu-se de um levantamento doutrinário sobre o tema, de modo que foi localizado um importante trabalho¹⁷⁵ desenvolvido em 2011, por Gabriel Mattioli de Miranda, como monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), sob a orientação do Professor Fabrício Antonio Cardim Almeida, em que o autor desenvolveu robusta pesquisa empírica para examinar a jurisprudência sobre o tema das restrições à iniciativa do serviço funerário, em especial quando contrapostas ao princípio da livre iniciativa, verificando, inclusive, que o conceito de serviço público, aplicado ao serviço funerário de forma casuística, tende a excluir a incidência da livre iniciativa econômica.

A análise do referido trabalho foi ampliada juntamente com pesquisa de novos julgados, novas produções doutrinárias e dados mais recentes sobre o assunto. Ou seja, decidiu-se utilizar os achados da pesquisa por ele desenvolvida como principal fonte de informações no presente estudo, especialmente com relação aos períodos anteriores à Constituição de 1988, de modo que, com o intuito de averiguar a continuidade do assunto na jurisprudência posterior ao trabalho por ele desenvolvido, foram renovadas as buscas por julgados, com foco no Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, destinou-se o tópico 2 que segue para tratar do histórico constitucional e cultural na sociedade do serviço funerário no Brasil e a tendência de classificá-lo como um serviço público, tendência que é verificada inclusive, na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, o tópico 3 foi reservado à averiguação do contexto atual do serviço no Brasil e à possibilidade de se questionar sua classificação automática como sendo um serviço público. Ou seja, o mencionado tópico foi direcionado também à discussão sobre

174 SEGUEZZI, Elaine Moraes Bargiela. *Gestão administrativa dos cemitérios públicos municipais, aplicada a prevenção do esgotamento do espaço cemiterial*. Disponível em: <file:///C:/Users/LAIS%20AZEVEDO/Downloads/Dialnet-GestaoAdministrativaDosCemiteriosPublicosMunicipai-7952210.pdf>; acesso em 24/06/2022.

175 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas. Disponível em: https://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/180_Monografia-Gabriel.pdf; Acesso em 20/06/2022.

o regime jurídico desse serviço funerário, inclusive porque a pretensão do presente trabalho não se esgota em meramente estudar se o serviço funerário é, necessariamente, um serviço público no Brasil, mas assim o fazer levando em consideração os aspectos que se relacionam com a questão e suas implicações no mundo prático.

Ao fim, no tópico 4, foram feitas as considerações finais do estudo no sentido de que se há uma evidente setorização do serviço, com a criação, inclusive, de um mercado de luxo, que ultrapassa o "interesse público" propriamente dito de direito ao sepultamento para toda a coletividade, ao passo em que se mantenham todas as questões de segurança sanitária e ambiental, há o que se falar na possibilidade de aplicação também de um regime jurídico de direito privado.

2. HISTÓRICO DO SERVIÇO FUNERÁRIO NO BRASIL

Como se sabe, no Brasil, é amplamente difundida a ideia de que os serviços funerários são serviços públicos municipais, de modo que cabe às prefeituras garantir que sempre exista local para o sepultamento de qualquer indivíduo.

Isso porque os serviços funerários, nas Constituições de 1891 e de 1934, eram expressamente reservados aos municípios, de modo que a questão era tratada no capítulo das garantias e direitos individuais, junto ao direito de escolher livremente a própria religião.

Na Constituição Federal de 1891, o serviço era previsto no § 5º do art. 72, senão vejamos:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

§ 5º Os cemitérios terão carácter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crenes, desde que não ofendam a moral pública e as leis. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

Já no texto constitucional de 1934, o § 7º do art. 113 disciplinava os serviços funerários, veja-se:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à

liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§7º Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, sendo livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes. As associações religiosas poderão manter cemitérios particulares, sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes. É lhes proibida a recusa de sepultura onde não houver cemitério secular.

Mencione-se que a origem desse tratamento jurídico está no fato de que os serviços fúnebres sempre estiveram associados à fé católica no Brasil. Foi considerada a definição no processo de organização da sociedade a partir da Igreja, que possibilitou a estruturação de uma economia funerária que teve o seu início no País de modo racionalizado economicamente por meio dela.¹⁷⁶

Isso porque, como se sabe, ao relacionar a sociedade brasileira em seu início, por meio de elementos como a colonização portuguesa – fortemente enraizada no catolicismo – e um processo de catequização jesuíta, é possível compreender a formação religiosa. Desde o escravizado africano até o indígena, a integração junto à sociedade brasileira passou, primeiramente, pelo processo de batismo seguido da aquisição de um nome cristão.¹⁷⁷

Por isso, ao expressar a ideia de economia funerária, entende-se que ela não era apenas um mercado que se auto organizava a partir de uma *expertise* na realização de funções específicas ligadas à morte, mas, por exemplo, os profissionais não exerciam exclusivamente a função funerária, e sim eram acrescidos das atividades da Igreja.¹⁷⁸ Os serviços fúnebres eram prestados, em grande parte – ou em totalidade – por membros da Igreja.

Assim, percebe-se que, ao longo da história do Brasil, o principal mediador entre a nascente economia funerária e a sociedade era a Igreja. Seu caráter religioso de difundir a sua moral social, bem como a elaboração da própria estética funerária, principalmente

176 ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *O trato dos viventes: Formação do Brasil no Atlântico Sul*. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

177 ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *O trato dos viventes: Formação do Brasil no Atlântico Sul*. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 157.

178 SANTOS, Sidnei Ferreira dos. *A construção social do mercado funerário no Brasil: agentes, instituições e estratégias de negócios*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho: São Paulo, 2019, 113 páginas, p. 33.

no que condiz aos períodos dos séculos XVI ao XVIII, em todo o Ocidente, são fatores que exemplificam a relação da fé com o serviço funerário no País.¹⁷⁹

Essa cultura foi se desenhando de acordo com as realidades sociais no passar do tempo. Nesse sentido, pode-se pensar que as transformações sociais, filosóficas e históricas que influenciam a sociedade, principalmente as industriais a partir do século XVIII propiciaram um novo mediador social, o Estado, que passou a participar nas novas configurações dos serviços funerários no País.¹⁸⁰

Aliás, se anteriormente, nas Igrejas, a vida e a morte podiam coexistir num mesmo espaço, com a emergência das questões sanitárias do século XX, a separação entre esses dois elementos passou a ser necessária. O Estado deixou as questões da alma a critério do indivíduo e passou a regulamentar os espaços sociais relacionados ao corpo. O corpo deixou de ser responsabilidade da Igreja ou da Religião e se tornou uma questão de saúde pública.¹⁸¹

Dessa forma, as transformações no trato com a morte tiveram alterações significativas durante o percurso histórico, criando um novo olhar sobre ela. Por questões de modernidade, bem como por diversos aspectos sanitários, houve várias modificações no modo de gerir a morte no Brasil.¹⁸²

De volta ao contexto constitucional, após diversas mudanças na sociedade, para assegurar o direito individual de livremente escolher sua religião, a Constituição de 1891 laicizou a atividade funerária, confiando-a aos municípios, com a seguinte redação constitucional:

“Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

179 ARIÉS, Phillipe. O homem diante da morte. São Paulo: EDUNESP, 2014, p. 62.

180 SANTOS, Sidnei Ferreira dos. *A construção social do mercado funerário no Brasil: agentes, instituições e estratégias de negócios*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho: São Paulo, 2019, 113 páginas, p. 34.

181 SANTOS, Sidnei Ferreira dos. *A construção social do mercado funerário no Brasil: agentes, instituições e estratégias de negócios*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho: São Paulo, 2019, 113 páginas, p. 42.

182 SANTOS, Sidnei Ferreira dos. *A construção social do mercado funerário no Brasil: agentes, instituições e estratégias de negócios*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho: São Paulo, 2019, 113 páginas, p. 42.

§ 5º Os cemitérios terão carácter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não offendam a moral pública e as leis.

Esse tratamento permaneceu na Constituição de 1934 e perpetuou-se na prática dos municípios e no imaginário jurídico desde então, com base na seguinte redação:¹⁸³

“Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

7) Os cemitérios terão carácter secular e serão administrados pela autoridade municipal, sendo livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes. As associações religiosas poderão manter cemitérios particulares, sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes. É lhes proibida a recusa de sepultura onde não houver cemitério secular.”

Ou seja, no Brasil, até a promulgação da Constituição de 1891, os serviços funerários eram atribuídos exclusivamente à Igreja ou tratados no cunho da singularidade. Após a promulgação da Constituição, o Estado determinou que a atividade funerária passasse a ser de responsabilidade dos municípios. Dessa forma, o serviço funerário nasceu com o carácter de função pública, e não privada.¹⁸⁴

Aliás, pode-se pensar que esses dispositivos constitucionais são a fonte primária do entendimento segundo o qual a competência para legislar sobre o Direito Funerário é dos municípios, não obstante a omissão dos legisladores constituintes após a Constituição

¹⁸³ AGUILLAR, Fernando Herren. Serviços funerários são serviços públicos?. *Migalhas*, 07/07/2010. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/108545/servicos-funerarios-sao-servicos-publicos>; Acesso em 23/06/2022.

¹⁸⁴ SANTOS, Sidnei Ferreira dos. *A construção social do mercado funerário no Brasil: agentes, instituições e estratégias de negócios*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho: São Paulo, 2019, 113 páginas, p. 50.

de 1934.185 Ou seja, pensa-se que o histórico constitucional sobre esse serviço contribuiu – e contribui – para o seu entendimento como um serviço público.

Diz-se “ainda contribui”, porque quando do desenvolvimento do presente estudo, foi possível verificar que ainda hoje a jurisprudência constitucional e parte da doutrina se valem de aspectos históricos para julgar como público esse serviço funerário. Para melhor contextualizar esse entendimento, vale comentar alguns julgados do Supremo Tribunal Federal localizados em períodos anteriores à promulgação da Constituição de 1988 que parecem ainda fundamentar a jurisprudência atual.

Como dito na introdução acima, o presente estudo se calcou em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, além de dados de mercado sobre os serviços funerários. Nessa pesquisa, foi localizado um trabalho que se destacou pelo vasto levantamento jurisprudencial e a tecnicidade como ele foi feito. Ou seja, trata-se de uma pesquisa que foi considerada como fonte segura e importante de dados para esse trabalho.

É o levantamento realizado por Gabriel Mattioli de Miranda, como monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), sob a orientação do Professor Fabrício Antonio Cardim Almeida, em que o autor desenvolveu robusta pesquisa empírica para examinar a jurisprudência sobre o tema das restrições à iniciativa do serviço funerário, em especial quando contrapostas ao princípio da livre iniciativa, verificando, inclusive, que o conceito de serviço público, aplicado ao serviço funerário de forma casuística, tende a excluir a incidência da livre iniciativa econômica.

Como fora localizado por ele, quando da vigência da Constituição de 1946, houve um maior debate quanto à extensão do que poderia ser considerado serviço público e local. Aliás, mencione-se que existiu forte embate entre duas frentes: a caracterização do serviço funerário como serviço público, expressamente vencedora, como se vê do julgamento do Recurso Extraordinário 49.988/SP e sua caracterização como comércio, vencedora no Mandado de Segurança 8.247/SP.

É importante mencionar que um argumento localizado pela “corrente do comércio” é o uso da competência prevista no art. 141, §10 da Constituição Federal de 46 como evidência de que a determinação do serviço local, pela constituição, é taxativa.

185 BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. Direito Funerário: conceito, competência e breves considerações sobre seus princípios informadores. *Acta Científica*, Engenheiro Coelho, v. 26, 2017, p. 21-23, 2º semestre de 2017, p. 26.

186 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas. Disponível em: https://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/180_Monografia-Gabriel.pdf; Acesso em 20/06/2022.

Todavia, quanto ao modo de caracterização do serviço funerário como público ou como serviço de comércio, a interpretação predominante que se deu aos dispositivos, presentes tanto no início quanto ao fim da linha jurisprudencial, é de caracterização doutrinária, quase que tradicional, do que seria o serviço local de interesse público. Como se verifica do Recurso Extraordinário 49.988/SP, não se considerou a inclusão do serviço funerário nesta hipótese geral sequer como ônus argumentativo, sob fundamento de que "*Não há dúvida de que os serviços funerários constituem serviço público municipal (...)*".

Sobre o modo de prestação do serviço, com base nos julgados localizados no período de 1946/187, extrai-se que era amplamente reconhecida, ao município, grande discricionariedade em relação a essa forma de prestação. Não havia dificuldade em se admitir ao município o poder de escolher a forma de prestação do serviço público, seja por concessão, monopólio de autarquia ou pelo próprio regime de livre-iniciativa.¹⁸⁸

Já com relação ao período constitucional de 1967, o autor destacou o caso do Recurso Extraordinário 73.295/MG, em que restou decidido que caberia ao município determinar o modo de prestação do serviço funerário, contudo, com adição de um novo fundamento: o município deveria manter coerência com a opção escolhida, de acordo com a legislação local.

Ou seja, o município permitia a exploração do serviço funerário por um único estabelecimento privado, sem necessidade de concessão. Porém, se recusava a emitir licença de funcionamento para outros estabelecimentos. Firmou-se o posicionamento de que o município deveria manter a coerência: havendo empresa explorando o serviço livremente, sem necessidade de concessão, deveria este regime ser estendido a outras empresas que porventura decidissem entrar no mercado. Não haveria prejuízo, porém, da legítima opção do município para tornar o serviço dependente de concessão ou monopolizá-lo por prestação direta.

Veja-se que esse é entendimento já suscitado naquela época, de modo que já parecia haver uma incerteza para afirmar, com todas as letras, que o serviço funerário é – e era, à época – um serviço público necessariamente. Nesse caso do Recurso Extraordinário

187 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas. Disponível em: https://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/180_Monografia-Gabriel.pdf; Acesso em 20/06/2022.

188 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas. Disponível em: https://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/180_Monografia-Gabriel.pdf; Acesso em 20/06/2022.

73.295/MG, por exemplo, decidiu-se que havendo empresa explorando o serviço livremente, sem necessidade de concessão, deveria este regime ser estendido a outras empresas que porventura decidissem entrar no mercado, sem contudo, retirar a legítima opção do município para tornar o serviço dependente de concessão ou monopolizá-lo por prestação direta.

Ainda sobre a pesquisa de jurisprudência relacionada ao texto constitucional de 1967, comente-se o julgamento do Recurso Extraordinário 94.872/RJ, que em 1981, estabeleceu um precedente que, em comparação com os anteriores, apresenta fundamentação mais rica para a caracterização do serviço funerário como público. Isso porque houve menção direta à doutrina, mais especificamente à definição de Hely Lopes Meirelles, no sentido de que *"o serviço funerário é de competência municipal por dizer respeito a atividades de precípua interesse local"*.

Sobre esse aspecto, é necessário pontuar que a doutrina de Hely Lopes Meirelles é, também, um dos elementos de destaque na construção do entendimento de que o serviço funerário é um serviço público municipal no Brasil, inclusive após o texto constitucional de 1988. Essa informação pôde ser observada ao longo do presente trabalho porque foi localizada em diversos julgados há anos, antes mesmo da Constituição de 1988.

Isso porque ele sustentou, sobre o tema:

"O serviço funerário é da competência municipal, por dizer respeito a atividades de precípua interesse local – quais sejam: a confecção de caixões, a organização de velório, o transporte de cadáveres e a administração de cemitérios. As três primeiras podem ser delegadas pela Municipalidade, com ou sem exclusividade, a particulares que se proponham a executá-las mediante concessão ou permissão, como pode o Município realizá-las por suas repartições, autarquias, fundações ou empresas estatais."

Ou seja, esse entendimento de Hely Lopes já à época era citado e permaneceu sendo citado nos julgados do Supremo Tribunal Federal, sem grandes atualizações e/ou alterações. Por isso, em suma, há uma equivalência das disposições constitucionais de 1946 e 1967 sobre o assunto, de modo que a repetição das redações parece ter contribuído para a continuidade da jurisprudência no sentido de que o serviço funerário é, necessariamente, um serviço público.

O que merece também ser destacado é que esse se trata de entendimento que se perpetuou até a última Constituição, de modo que, quando da promulgação da Carta Política atual, o serviço funerário passou a não mais estar expresso no texto constitucional,

ficando à cargo do intérprete averiguar se esse serviço estaria incluído no domínio do que se chama de “serviços públicos de interesse local”, inserido no inc. V, do seu artigo 30.

Ou seja, se antes havia a previsão expressa de que era do ente municipal a competência para organizar e executar o serviço funerário no Brasil, com a redação da Constituição Federal de 1988, essa previsão explícita deixou de existir.¹⁸⁹

Todavia, em diversas situações, permaneceu-se interpretando que o serviço funerário no Brasil estaria – ou deveria estar – inserido no campo dos serviços públicos de interesse local previsto no inc. V do art. 30 da Constituição Federal de 1988, mesmo que essa interpretação seja extremamente precária e assistemática. Ou seja, sem grandes bases técnicas.

Prova disso é o fato de que o Supremo Tribunal Federal, com base nesse histórico de textos constitucionais brasileiros, interpretou o regime jurídico do serviço funerário no Brasil, pós Constituição de 1988, como sendo inerente aos serviços públicos. Na ADIn 1221, por exemplo, julgada em 9 de outubro de 2003, assim se manifestou seu Relator, o Min. Carlos Velloso:

"Os serviços funerários constituem, na verdade, serviços municipais, tendo em vista o disposto no art. 30, V, da Constituição: aos municípios compete organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial."¹⁹⁰

Esse entendimento é ainda hoje afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive mediante recentes julgados, permanecendo no sentido de que a matéria já foi enfrentada pela Suprema Corte na ADI 1.221, assentando-se que a natureza jurídica do serviço funerário é de serviço público de interesse local.¹⁹¹

¹⁸⁹ Há quem entenda, inclusive, que no que concerne à competência dos municípios para legislar sobre o serviço funerário está justificada pela sua competência para dispor sobre assuntos de interesse local. Não se exige, entretanto, que este interesse esteja restrito ao município, uma vez que reflexos deste interesse podem ser verificados nas esferas estaduais e federais. *O que se requer é uma preponderância do interesse municipal frente aos demais.* Vide: SILVA, Justino Adriano Farias Da. *Tratado de Direito Funerário: Teoria Geral e Instituições de Direito Funerário.* São Paulo: Método Editora, 2000, p. 364.

¹⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1221, Relatoria Min. Carlos Velloso, julgada em 09/10/2003.

¹⁹¹ Vide o Recurso Especial 1308662 (AgR), Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177, DIVULG 03-09-2021 PUBLIC 08-09-2021.

Ou seja, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal interpreta-se que na forma do art. 30, V, da Constituição Federal, compete aos Municípios organizar e prestar, diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local.

Como não há um rol taxativo para definir quais são esses serviços públicos de interesse local, interpretou-se que os serviços funerários estariam inclusos nessa lista, haja vista que dizem respeito a atividades de precípua interesse local, quais sejam, a confecção de caixões, a organização de velório, o transporte de cadáveres e a administração de cemitérios.¹⁹²

Ocorre que – e aí vem o cerne da questão – há quem entenda que na ausência de qualquer ressalva às atividades funerárias, estas são atividades livres à iniciativa privada, especialmente porque não se encontram listadas em nenhuma parte da Constituição Federal como serviço público ou função pública. Ou seja, há quem pense que o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal e grande parte da doutrina possam estar equivocados, porque não há motivo para que os serviços funerários sejam atividades de acesso restrito aos particulares.¹⁹³

Por isso, como será visto no tópico abaixo, o contexto atual sobre os serviços funerários sugere a possibilidade de discutir o regime a que a eles se aplica, sendo, inclusive, existente uma discussão sobre o tema na jurisprudência dos mais diversos tribunais do País.

3.CONTEXTO ATUAL: POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE O REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS FUNERÁRIOS NO BRASIL

Ao pesquisar sobre o tema dos serviços funerários no Supremo Tribunal Federal, bem como em demais tribunais pátrios, percebe-se, de imediato, que é predominante, ainda hoje, o entendimento de que o serviço funerário é um serviço público, excluindo, por exemplo, a aplicação do princípio da liberdade de iniciativa.

Ou seja, parece que o entendimento firmado quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1221, em 2003, de relatoria do Min. Carlos Velloso, é ainda hoje perpetuado em diversas decisões da Suprema Corte, mesmo diante de tantas mudanças no mercado e na sociedade.

¹⁹² MEIRELLES, Hely. *Direito Municipal Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 339.

¹⁹³ AGUILLAR, Fernando Herren. Serviços funerários são serviços públicos?. *Migalhas*, 07/07/2010. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/108545/servicos-funerarios-sao-servicos-publicos>; Acesso em 23/06/2022.

Aliás, após a Constituição de 1988, alguns julgados merecem destaque com relação à definição do serviço funerário. Mencione-se que após a promulgação do atual texto constitucional, a jurisprudência formada por decisões colegiadas sobre o tema manteve continuidade em relação à jurisprudência de 1967, comentada acima, de modo que há pouco ou nenhum questionamento quanto ao caráter de serviço público do serviço funerário. Quando há esse questionamento, não ocorre nenhuma tentativa de generalização de critérios, baseando-se exclusivamente em doutrina, especialmente, de Helly Lopes Meirelles¹⁹⁴, e jurisprudência pré-1988.¹⁹⁵

Assim, para esse estudo, merecem ser comentadas algumas outras decisões do Supremo Tribunal Federal, localizadas durante a pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o tema¹⁹⁶, que podem contribuir para a compreensão do assunto no decorrer do tempo e também nos dias de hoje, verificando-se que apesar da tendência de considerar o serviço funerário como um serviço público há, com toda certeza, uma possibilidade de se discutir o regime jurídico desse serviço no Brasil.

No julgamento do Recurso Extraordinário 185.659/DF, por exemplo, o relator, Min. Ilmar Galvão declarou que inexistia, à época, lei definindo serviços funerários como serviço público no Distrito Federal. Ou seja, o relator deu a entender que embora parecesse que o critério para a definição do serviço público fosse a existência de legislação local, não havia clareza quanto à competência de definir que atividade seria pública.

Trata-se de julgado que, ao mesmo tempo em que não afirma que talvez o serviço funerário não seja, necessariamente, um serviço público, porque necessita de legislação local que assim o determine, não especifica de quem seria a competência para assim legislar. Pergunta-se: caso a União ou o Estado promulgassem lei que definisse o serviço funerário como público, seria esta lei o parâmetro?

O julgamento do Recurso Extraordinário 185.659/DF demonstra que há, de fato, uma dúvida com relação a essa questão, além de se encontrar em desacordo com toda a jurisprudência constitucional anterior de forma de definição do serviço público.

¹⁹⁴ Especialmente o contido em: MEIRELLES, Hely. *Direito Municipal Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁹⁵ MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 41.

¹⁹⁶ MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas.

Com relação ao modo de prestação do serviço funerário, mencione-se que existem pouquíssimos julgados pós Constituição de 1988 no Supremo Tribunal Federal que tratam da questão de forma aprofundada. Diz-se “de forma aprofundada”, porque o modo com que os “serviços públicos de interesse local” são prestados pelos municípios foi bruscamente alterado quando da transição da Constituição de 1967 para a atual Carta Política.

Enquanto antes vigia a ideia de que os “serviços públicos locais” eram organizados pelos Municípios, passou a vigorar a determinação de que “*compete aos municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local (...)*”.

Ou seja, apesar de existir uma margem para se pensar que o novo texto constitucional sugere que o serviço público não pode ser explorado como atividade econômica comum, livre à iniciativa privada, o Supremo Tribunal Federal não se preocupou em confirmar se essa alteração no texto constitucional, de modo que, de fato, os serviços funerários estão dentro desses serviços “de interesse local” e por isso, somente podem ser explorados pelo regime de prestação direta pelo município, concessão ou permissão.

Isso porque caso se faça uma interpretação demasiada engessada da redação desse dispositivo, que utiliza termos alternativos e exaustivos: “*V - organizar(i) e prestar(ii), diretamente(ii.1) ou sob regime de concessão(ii.2) ou permissão(ii.3), os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;*” é possível compreender que a prestação fica restrita ao regime de prestação direta pelo município, concessão ou permissão, sem demais possibilidades.¹⁹⁷

Ou seja, é viável entender que não há possibilidade de entrada do agente econômico sem autorização expressa do poder público, seja mediante licitação (concessão) ou ato unilateral precário (permissão), de modo que se conclui que o regime de abertura completa à iniciativa privada é vedado aos serviços públicos, incluindo os serviços funerários, pela Constituição Federal de 1988.¹⁹⁸

197 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 47.

198 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 47.

Quando da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁹⁹, percebe-se que, apesar de serem extremamente raros os julgados que tratem especificamente da definição do serviço funerário ou de sua classificação como sendo um serviço público municipal, é possível perceber que há também a tendência de tratar o serviço funerário como sendo um serviço público, de modo coerente ao Supremo Tribunal Federal.²⁰⁰

Mencione-se, além disso, um curioso fato percebido: apesar de os julgados do Superior Tribunal de Justiça serem todos posteriores a 1988, ou seja, pós alteração do texto constitucional, parece haver uma resgate de entendimentos firmados antes mesmo da promulgação da atual carta política.

O julgamento do Recurso em Mandado de Segurança 21.101/RJ é uma das oportunidades em que houve manifestação sobre o tema ora estudado, em que se considerou aplicável o art. 30, inc. V, da Constituição Federal ao serviço funerário. Todavia, de forma genérica, sem qualquer fundamentação direta sobre a questão, senão vejamos do trecho do acórdão: "*Ademais, o município recorrido atuou inequivocamente no âmbito de sua competência, fixando os limites de atuação da concessionária, o que afasta a alegação de desrespeito ao preceito contido no art. 30, V, da Constituição Federal*".

Ou seja, há o entendimento de que é competência dos municípios legislar e gerir os serviços funerários, mas sequer há qualquer menção a critérios ou elementos que caracterizam o serviço como um serviço público.

Já com relação ao modo de prestação do serviço funerário, comente-se que o Superior Tribunal de Justiça, em comparação ao Supremo Tribunal Federal, parece se apresentar ainda mais radical ao definir o regime público dos serviços funerários, desconsiderando até mesmo o argumento de discricionariedade municipal. Porém, aparentes contradições internas entre diferentes julgados tornam difícil uma análise inequívoca.²⁰¹

¹⁹⁹ MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas.

²⁰⁰ MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 56.

²⁰¹ MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 57.

Há de se destacar o julgamento do Recurso Especial 622.101/RJ, em que o Min. Relator José Delgado, acompanhado por votação unânime, afirmou que:

"a exploração de serviços funerários é um serviço público, sendo vedado ao Município conceder ou permitir a prestação do mesmo sem prévias autorização legislativa e licitação, na forma do disposto no art. 175, da Carta Magna de 1988, e nas Leis Federais nºs 8.666/93 e 9.074/95"

Ou seja, quando do julgamento do referido recurso, a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça realizou verdadeira vedação à possibilidade de prestação dos serviços funerários em regime de livre iniciativa.

Todavia, a mesma turma, quatro anos depois, julgou o Recurso em Mandado de Segurança 21.101 de modo que o mesmo Ministro José Delgado acompanhou, com os demais julgadores, o voto da Ministra Denise Arruda, afirmando que o município:

"permitindo a livre contratação de outras funerárias para a execução do serviço", estaria atuando "inequivocamente no âmbito de sua competência, fixando os limites de atuação da concessionária, o que afasta a alegação de desrespeito ao preceito contido no art. 30, V, da Constituição Federal".

Quatro anos depois, portanto, a questão foi decidida em outro tom, de modo que não mais se viu uma vedação à livre iniciativa no âmbito da prestação do serviço funerário, mas sim a discricionariedade do ente municipal para decidir sobre a questão.

Já da análise da jurisprudência dos tribunais pátrios, é enriquecedor ao presente estudo mencionar alguns julgados localizados sobre o tema.²⁰² Mais especificamente com relação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cita-se uma importante informação levantada: o Tribunal Paulista se desdobra em três posicionamentos distintos quanto à caracterização do serviço funerário como serviço público, dependendo do tipo de serviço fúnebre que está em questão.

Há o serviço funerário "stricto sensu", tradicional, de comércio de artigos e serviços funerários varejistas, o serviço fúnebre de transporte intermunicipal de cadáveres, e o

202 Nessa situação, também foi utilizado como fonte de pesquisa: MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas.

serviço funerário "em atacado", de fornecimento de artigos e serviços fúnebres às empresas que efetivamente prestam o serviço ao usuário.²⁰³

Merece destaque o julgamento da Apelação 436.655-5/1-00 do Tribunal de Justiça de São Paulo, na qual restou decidido que:

"Serviço funerário é serviço público essencial e privativo do Município, com a possibilidade de concessão em caráter exclusivo. Assim prevê o artigo 9º, X, da Lei Orgânica do Município de Presidente Venceslau. Ainda assim não fosse, é decorrência lógica da natureza do serviço prestado, cujo interesse público é dos mais sagrados e não pode estar ao alvedrio de interesses econômicos apenas."

Todavia, existe uma importantíssima questão a ser mencionada nesse estudo: nos casos que tratam do serviço funerário de transporte intermunicipal de cadáveres, exclui-se esse serviço específico do domínio da competência municipal, existindo julgados que possibilitam classificá-lo como questão de regra de competência estadual, pois transcende os limites de fronteira dos municípios envolvidos, como se deu quando do julgamento da Apelação 140.150-5/4-00, também do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Já com relação ao fornecimento dos serviços funerários em atacado, é possível verificar que não se pode compreender, com base na jurisprudência sobre o tema, se o serviço é ou não público. Os julgados não se valem de critérios definidores do "serviço público".²⁰⁴

Contudo, uma coisa é certa: com o passar dos anos, o serviço foi crescendo e ganhando novos contornos e, caso levados em conta critérios como esses – de classificação do serviço funerário como sendo de transporte intermunicipal de cadáveres e de fornecimento em atacado – a classificação do serviço funerário como sendo, necessariamente, um serviço público não pode ser uma certeza. Claramente há margem para que se discuta o regime jurídico aplicável a esse tipo de serviço no Brasil.

203 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 61.

204 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 62.

Mais que isso, a existência desses critérios de fragmentação do serviço funerário no Brasil não se dá por mera liberalidade dos julgadores. Trata-se de uma realidade. O setor funerário, que antes era apenas secundário no trato com a morte, desorganizado nas questões que envolviam os produtos, serviços e legislações, tem apresentado um faturamento crescente.

O processo de organização do mercado funerário no Brasil, inclusive, pode ser entendido por características fundamentais do setor como a de que ele se caracteriza, principalmente, pelas empresas que desempenham funções especificamente voltadas para o setor funerário, sejam essas de interesse particular ou público.

Além disso, o setor funerário é composto por serviços, objetos e atividades diretamente ligados economicamente a rituais funerários, como traslado, confecção de caixões, cemitérios, salas de velórios, de modo que não é o conjunto de atividades e serviços ligados à morte, mas um espaço social constituído relacionalmente por empresas que têm como objetivo específico a realização de atividades funerárias, serviços, vendas, e produção de objetos funerários.²⁰⁵

Há, portanto, uma clara diversificação de produtos e serviços do setor funerário, o que possibilita o seu crescimento. Fala-se, hoje, em segmentos que representam tanto as empresas funerárias quanto as que administram planos e cemitérios. Além disso, alguns grupos funerários desenvolvem estratégias diferentes de consolidação de seus serviços, não atuando em todos os setores do mercado, mas sim de acordo com a sua capacidade de articulação de seu capital.²⁰⁶

Isso porque os serviços ofertados agregam o transporte, a assistência ao sepultamento, a cremação, a assistência jurídica, dentre outros. Isso sugere pensar que o setor diversificou a sua atuação, superando a lógica somente do enterro do corpo e impulsionou o seu crescimento.

Ocorre que todas essas especificidades desse mercado levaram a um desenvolvimento altamente competitivo do setor e ao aprimoramento na execução e prestação de serviços, sobretudo no crescimento do produto de segmentos funerários ditos como “*premium*”, de modo que pode-se entender que o desenvolvimento do mercado funerário no Brasil não possui relação direta com o aumento no número de

205 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 52.

206 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 53.

mortes, mas com o processo de diversificação, atualização dos serviços e dos produtos ofertados por esse segmento.²⁰⁷

Aliás, existem julgados, inclusive no Tribunal de Justiça de São Paulo, em que a livre iniciativa na prestação do serviço não só foi descrita como possível, mas como desejável, sendo afirmado, quando do julgamento da Apelação Cível 247.779-5/4-00, por exemplo, que a Lei estadual 9.055/94, ao permitir a prestação do serviço em iniciativa aberta, teria a "*livre iniciativa prestigiada*".²⁰⁸

Em resumo, apesar da tendência em automaticamente classificar o serviço funerário como sendo um serviço público municipal, a mais variada jurisprudência pátria não oferece resposta clara quando se questiona como se caracteriza determinada atividade como serviço público ou se há critérios para a escolha de seu regime de iniciativa.

Gabriel Mattioli Miranda, inclusive comenta, nas conclusões de seu estudo sobre o tema, que o Supremo Tribunal Federal tende a oferecer caracterização casuística do serviço público sem propor critérios gerais. Assim, mesmo quando é apresentada justificativa, ela é meramente uma justificativa, não uma explicação ou aplicação de critérios.²⁰⁹

Ou seja, como posto por ele, ainda que tenha havido preocupação em oferecer razões para caracterizar ou não determinado serviço funerário como público, não houve tentativa de generalização de critérios. Há uma deliberação assistemática sobre a matéria.

Dada a omissão da Constituição Federal em produzir estes critérios, o Supremo Tribunal Federal optou por determinação casuística. Da mesma maneira, a jurisprudência recente do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça também concede ao serviço funerário o caráter de serviço público local, com a mesma base instável, sem grandes elementos técnicos que assim justifiquem.

Bem assim ocorreu quanto à forma de organização do serviço funerário, já que se aceita a discricionariedade absoluta ao município, com grande risco de instituição abusiva

²⁰⁷ Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ideias/como-montar-uma-funeraria,37b87a51b9105410VgnVCM1000003b74010aRCRD>; Acesso em 28/06/2022.

²⁰⁸ MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 62.

²⁰⁹ MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 68.

de monopólios, que não se justifiquem por interesse público, já que não foram oferecidos critérios judiciais para este controle.²¹⁰

Fato é que, se é possível averiguar que, apesar de existir um entendimento majoritário tanto na jurisprudência brasileira, quanto na doutrina, de que o serviço funerário é um serviço exclusivamente público, a forma como esse entendimento foi construído pode ter sido pouco sistematizada, mais causuística e com uma “base instável”, a discussão sobre o regime jurídico aplicável ao serviço funerário no Brasil é possível.

Diz-se “discussão sobre o regime jurídico”, porque a pretensão do presente trabalho não se esgota em meramente estudar se o serviço funerário é, necessariamente, um serviço público no Brasil, mas assim o fazer levando em consideração os aspectos que se relacionam com a questão.

Como se sabe, fala-se em Direito Administrativo quando se pressupõe que existem princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade, compondo um sistema ou regime: o regime-jurídico administrativo.²¹¹ Dessa forma, buscar analisar se esse serviço é um serviço necessariamente público significa também buscar entender o regime jurídico a ele aplicável. Seria o de Direito Administrativo?

Mencione-se, aliás, que o Direito Administrativo deve ser visto como um sistema coerente e lógico, investigando liminarmente as noções que instrumentam sua compreensão sob uma perspectiva unitária.²¹² Ou seja, essa composição de elementos, sob uma perspectiva unitária se chama sistema²¹³ e a esse sistema, reportado ao direito administrativo, designa-se regime jurídico- administrativo.

Há, portanto, a reprodução das características do regime de Direito Público no regime jurídico-administrativo, haja vista que o Direito Administrativo se localiza dentro do campo do Direito Público. Mais que isso, o regime de Direito Público resulta da

210 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 70.

211 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53.

212 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 55.

213 ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1968, p. 4.

caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua singularidade.²¹⁴

A análise dessa questão importa porque consiste justamente em averiguar a atribuição de uma disciplina normativa peculiar que se delinea em função da consagração do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado²¹⁵, bem como da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.²¹⁶ Isto é, caso o serviço funerário seja considerado um serviço público no Brasil, aplica-se a ele o regime jurídico de direito público, mais especificamente o regime-jurídico administrativo, dada a comentada competência da administração municipal para geri-lo.

Assim, caso analisemos o serviço sob essa perspectiva, é certo que esses princípios – da supremacia do interesse público sobre o privado, bem como da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos – serão norteadores das relações em torno dele desenvolvidas, por exemplo. De outro modo, caso considerado um serviço que não é, necessariamente, público, é fato que o regime jurídico aplicável não será apenas o de direito público.

Com relação ao regime jurídico-administrativo, tem-se que o seu primeiro grande traço é a supremacia do interesse público sobre o privado. Há a prevalência do interesse da coletividade, de modo que é pressuposto de uma ordem social estável. No campo da Administração, como bem colocado por Celso Antônio, desse princípio da supremacia do interesse público sobre o privado procedem as seguintes consequências: posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas

²¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 55.

²¹⁵ Sobre o tema, mencione-se os comentários de André Ramos Tavares e Fabrício Bolzan no sentido de que a doutrina clássica, como é de amplo conhecimento, encontra o amparo desse poder administrativo na fatigada invocação de uma supersticiosa e absorta supremacia do interesse público sobre o privado, um dos espeques do regime jurídico de Direito Público segundo os seus seguidores. *Ob. Cit.*: TAVARES, André Ramos; BOLZAN, Fabrício. Poder de Polícia: da supremacia do interesse público à primazia dos direitos fundamentais. In DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 389-390.

²¹⁶ Celso Antônio enfatiza que todo o sistema de Direito Administrativo se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração. *Ob. Cit.*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 57.

relações com os particulares; posição de supremacia do órgão nas mesmas relações; restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública.²¹⁷

Um ponto de destaque é o de que a posição de supremacia é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e Particulares ao contrário da horizontalidade, que é típica das relações entre particulares.²¹⁸

Mencione-se, aliás, que, ao longo da elaboração da teoria do contrato administrativo, segundo Odete Medauar, emergiram suas notas características, que o diferenciavam do contrato de direito privado. Isso porque, sendo o órgão estatal uma das partes do vínculo contratual, não poderiam prevalecer os mesmos preceitos aplicáveis aos contratos firmados entre particulares. Os contratos celebrados por órgãos ou entes estatais direcionam-se ao atendimento do interesse público.²¹⁹

O Poder Público, nesse regime jurídico, se encontra em posição de autoridade, de comando com relação aos particulares e essa é uma indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, sobre o assunto, discorre que a manifestação da vontade do Estado, internamente, se faz, de regra, de forma unilateral, tendo em vista a expressão do interesse estatal como do todo social, em contraposição a outra pessoa por ela atingida ou com ela relacionada. Mais que isso, mesmo quando as situações jurídicas se formam acaso por acordo entre as partes de posição hierárquica diferente, o regime jurídico a que se sujeitam é de caráter estatutário.²²⁰

Por isso, quem exerce uma "função administrativa" está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses da coletividade, não apenas interesses de empresas privadas. Mais que isso, da análise do regime jurídico-administrativo, é certo que há um comprometimento da Administração com os interesses da sociedade, em nome dos quais erige barreiras defensivas contra quem quer que esteja no desempenho de atividade estatal, seja ele um particular investido de funções públicas, seja ele o próprio Estado via

217 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 70.

218 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 71.

219 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 232.

220 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Conceito de Direito Administrativo. *Revista da Universidade Católica de São Paulo*, XXVII/36, 1964.

administração direta.²²¹ Trata-se de um traço fundamental na identificação da antítese entre direito privado e direito público.

Pois bem. Existem cânones pacificados pela doutrina e pela jurisprudência que contemplam esse regime de direito público ao passo em que inexistem nas relações que contemplam interesses privados, concernentes ao comércio jurídico estabelecido entre particulares. Todavia, merece registro o fato de que o Estado, no exercício de sua função administrativa, pode desenvolver atividades sob um regime parcialmente sujeito ao direito privado.²²²

Isso ocorre nos casos em que o Estado atua no campo econômico, mediante empresas que cria para esse fim. Nessas hipóteses, contudo, tais sujeitos não desfrutarão nem de uma posição privilegiada, nem de uma posição de supremacia em suas relações com os particulares, mas isso não significa inobservância ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Em verdade, permanece-se o enquadramento ao regime jurídico-administrativo.²²³

Pontue-se, aliás, sob esse aspecto, que essa “dicotomia” entre direito público e direito privado não é, necessariamente, exata. Marçal Justen Filho ensina que a dignidade da pessoa humana não é, necessariamente, um valor incompatível com os interesses privados. Pode-se pensar que os interesses privados têm de ser exercitados em função do referido princípio, mas a eventual ausência de satisfação do interesse não importa sua necessária frustração. O interesse passa a ser público quando sua frustração acarreta inevitável ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, os interesses privados podem deixar de ser realizados e satisfeitos se isso não produzir desmerecimento à dignidade da pessoa humana.²²⁴

Ou seja, a vinculação entre o interesse e a realização do princípio da dignidade da pessoa humana impede a aplicação das regras peculiares do Direito Privado. São esses os

221 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 74.

222 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 76.

223 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 76.

224 JUSTEN FILHO, Marçal. JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a ‘personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 26, p. 115-136, p. 134.

fundamentos pelos quais se nega natureza privatística a grande quantidade de regras de Direito do Trabalho e de Direito do Consumidor.²²⁵

Marçal Justen Filho também preceitua que a discussão sobre serviço público e a adoção de modelos de livre competição deve orientar-se pela superioridade do princípio da dignidade da pessoa humana.²²⁶ Trata-se de orientação característica do regime aplicável ao serviço público.

Assim, a discussão aqui levantada se calca, em verdade, não apenas em buscar responder se o serviço funerário no Brasil – serviço de suma importância a todo e a qualquer indivíduo – é um serviço público. A questão vai mais além: é preciso pensar qual o regime jurídico que de fato a ele se aplica. Qual o interesse público relativo ao caso do serviço funerário no Brasil?

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto ao longo do presente estudo, o setor de serviços funerários é extremamente atraente sob o ponto de vista econômico. O crescimento deste mercado está em progressão e em ritmo acelerado desde os anos 2000 e essa progressão se deslocou das premissas entre a demanda e a oferta, indicando uma transformação nas estratégias de mercado.²²⁷

Mais que isso, o setor privado tem se especializado de modo cada vez mais segmentado no processo de diversificação e na produção de ornamentos funerários, observando as especificidades culturais, religiosas e regionais da sociedade, a fim de atender às demandas particulares do consumidor.²²⁸

Fala-se hoje, inclusive, em um setor *premium* desse mercado funerário, que cresce em segmentos específicos e que movimenta quantia bilionária ao ano. Esse chamado setor *premium* é o setor de serviços destinados à aquisição de serviços com alto custo e distinto dos serviços mais comuns, como serviços de *limousine*, música ao vivo durante o velório,

225 JUSTEN FILHO, Marçal. JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a 'personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 26, p. 115-136, p. 134.

226 JUSTEN FILHO, Marçal. JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a 'personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 26, p. 115-136, p. 136.

227 SANTOS, Sidnei Ferreira dos. *A construção social do mercado funerário no Brasil: agentes, instituições e estratégias de negócios*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho: São Paulo, 2019, 113 páginas, p. 18.

228 Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ideias/como-montar-uma-funeraria,37b87a51b9105410VgnVCM1000003b74010aRCRD>; Acesso em 28/06/2022.

salas ambientadas e temáticas, como modelos greco-romanos, além de urnas confortáveis e luxuosas.²²⁹

Isto é, o serviço funerário hoje no Brasil vai muito além do sepultamento clássico. Há todo um nicho de produtos que são comercializados. Todavia, esse serviço é tradicionalmente classificado como um serviço público no País. Com base na jurisprudência e na escassa doutrina sobre o tema, é do ente municipal a competência para organizar e gerir esse serviço.

A revisão bibliográfica e doutrinária sobre o tema, aliás, sugere que, apesar de a Constituição Federal de 1988 não classificar, expressamente, o serviço funerário como um serviço público “de interesse local”, de competência do município, optou-se, no País, em grande parte da jurisprudência e da doutrina, pela utilização de dados de constituições pretéritas e de realidades sociais passadas para interpretar a inclusão desse serviço no campo aberto do inciso V, do artigo 30 do atual texto constitucional.

Ou seja, não foi feita, até o momento, uma análise mais acurada quanto à realidade de mercado atual – de um mercado funerário extremamente setorizado e aquecido – para interpretar, de modo sistematizado e não meramente casuístico, a classificação do serviço no País.

Ocorre que apesar de haver um entendimento majoritário no sentido de que há uma atribuição constitucional que confere aos municípios a responsabilidade pelo serviço funerário, esse segmento foi desenvolvido com o passar dos anos quase que exclusivamente por meio do setor privado. No que se refere à atividade funerária concernente aos municípios, vê-se que grande parte desses entes se limitam a apenas legislar sobre essa questão.

Ou seja, a interação entre os setores público e privado ocorre pela delimitação do conjunto de normas jurídicas que este segundo deve seguir na execução desses serviços. Trata-se de uma interação relacional, na qual o setor público delimita os marcos legais sobre os quais o setor funerário deve responder, ou seja, regulamentar a atividade funerária e o setor privado, de modo que parece que esse contexto possibilita espaço para a atuação do mercado funerário privado.²³⁰

229 Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ideias/como-montar-uma-funeraria,37b87a51b9105410VgnVCM1000003b74010aRCRD>; Acesso em 22/06/2022.

230 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 50.

Mais que isso, a organização do serviço funerário, a encargo da regulamentação municipal, na maioria das vezes, esbarra com legislações contrárias às práticas a execução dos planos ou às parcerias estabelecidas com outros setores da economia, compreendendo que estes não se caracterizam como especificidades das atividades funerárias.²³¹

Dessa forma, é possível pensar que há uma certa preguiça – ou resistência consciente – tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto dos demais Tribunais para melhor averiguar a natureza do serviço funerário no Brasil e o regime que a ele se aplica.

Diz-se “preguiça” ou “resistência consciente”, porque é muito mais fácil proferir julgados quando se trata de apoiar dispositivo legal que já se havia considerado, por argumento de competência administrativa, compatível com a Constituição.

Como se sabe, as empresas funerárias estão inseridas no jogo de forças do mercado, no que tange a questões de concorrência, qualidade dos produtos e serviços ofertados e a necessidade de inovação permanente. Dentre os possíveis entraves para o mercado funerário, a precariedade de legislação desfavorece o setor. Esse bloqueio implica impossibilidade de ampliação do capital social e não apenas o capital financeiro. Isso impede, muitas das vezes, que a concorrência não se estabeleça de modo aberto no mercado funerário.

Tendo em vista que a discussão aqui proposta se sustenta, em verdade, não apenas em buscar responder se o serviço funerário no Brasil é um serviço público, é possível racionalizar que se há uma evidente setorização do serviço, com a criação, inclusive, de um mercado de luxo, que ultrapassa o “interesse público” propriamente dito de direito ao sepultamento para toda a coletividade, ao passo em que se mantenham todas as questões de segurança sanitária e ambiental, há o que se falar na possibilidade de aplicação também de um regime jurídico de direito privado.

Aliás, tendo em vista que a atual classificação do serviço funerário como um serviço público de modo necessário se calca, em grande parte, pela noção tradicional de interesse público²³², haja vista que, ao interpretar que ele se insere nos serviços públicos de interesse local (art. 30, inc. V, da Constituição Federal) estaria se falando que ele consiste

231 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas, p. 64.

232 Considera-se, no presente trabalho, o interesse público clássico como aquele tratado nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que consiste não no interesse do Estado, mas à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade (entificada juridicamente no Estado). Ob. Cit.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

em um serviço desenvolvido em prol do interesse público, é possível pensar que nem mesmo essa classificação se sustenta, por si só, nos dias de hoje.

Veja-se que o chamado “princípio” da indisponibilidade do interesse público vem sendo contestado em parte da doutrina brasileira afinada às atuais concepções do Direito Administrativo. Isso porque essa “indisponibilidade” constitui fórmula vaga, com ausência de sentido preciso. Mais que isso, hoje reinam várias práticas consensuais na atividade administrativa (acordos, negociações, arbitragem), bem como inúmeros bens públicos são utilizados, pelo setor privado, na prestação de serviços públicos ou têm sua gestão transferida a particulares. Não há, nesses casos, o que se falar na indisponibilidade de forma tão engessada.²³³

Aliás, essa “indisponibilidade” é, muitas vezes, alegada por meio de uma visão desatualizada. Não necessariamente ao dispor sobre o interesse público por diferentes mecanismos a Administração está violando essa indisponibilidade. O mundo muda e, com essa mudança, a noção de interesse público também se altera. Assim, surge a necessidade de proporcioná-lo por diferentes maneiras.

Maria Tereza Fonseca Dias, por exemplo, trata que a questão do regime jurídico administrativo e do seu corolário básico de que à Administração cabe a defesa dos interesses públicos deve ser discutida, visto que os próprios interesses públicos deixam de ser categorias ontológicas e homogêneas para que se tornem instrumentos de discussão e negociação.²³⁴

Ainda, Carlos Ari Sundfeld trata que o direito administrativo hoje possui muitos regimes jurídicos porque há uma grande diversidade de tarefas da Administração. Por isso, assim é a realidade do direito positivo: a existência de regimes múltiplos, concebidos para as situações que tratam.²³⁵

No caso do serviço funerário, é certo que a interpretação pura e simples no sentido de que deve estar inserido na disposição do inciso V do artigo 30 da Constituição porque é serviço que atende ao “interesse público” não é a melhor opção.

233 MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica: 2017, p. 378.

234 DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos Ed. 2003, p. 250.

235 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: SBDP – Malheiros, 2014, p. 34-35.

Mais que isso, tratar desse tema com base em constituições anteriores e em doutrina que não se deteve na atual Carta Política pode ser extremamente prejudicial. Na vigência da Constituição Federal de 1988, na ausência de qualquer ressalva às atividades funerárias, estas podem ser consideradas atividades livres à iniciativa privada e assim ocorre em diversos casos. Tanto é que o próprio desmembramento do serviço e a comunicação entre municípios, estados e até mesmos países ensejam pensar que não se limitam a um serviço meramente de interesse local.

Ou seja, tendo em vista que o serviço funerário não se encontra listado em nenhuma parte da Constituição de 1988 como serviço público ou função pública, não há motivo para que sejam atividades de acesso restrito aos particulares. Parece até mesmo incoerente pensar que o único regime jurídico que se aplica ao caso é o regime jurídico-administrativo, relativo ao Direito Público, com base em ideal de interesse público até mesmo ultrapassado.

Por isso que há quem entenda e defenda que são inconstitucionais (ou, dependendo do caso, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988) as leis municipais que atribuam o caráter de serviço público aos serviços funerários, condicionando à concessão ou à permissão municipal o desempenho de qualquer atividade relacionada a eles. Isso abrange da constituição e funcionamento de funerárias até o desempenho de atividades relacionadas a cemitérios. Mais que isso, há quem defenda que o máximo que o município pode exigir dos particulares é o alvará de funcionamento e as demais exigências urbanísticas e de edificação.²³⁶

Dessa forma, em conclusão, parece ser possível pensar que, atualmente, o serviço funerário não é, necessariamente, um serviço público no Brasil. Contudo, com base em uma análise menos acurada e mais causuística que se costuma fazer tanto no Supremo Tribunal Federal, quando em demais tribunais e por parte da doutrina, considera-se que consiste em serviço público de interesse local, ficando a cargo do Município dispor sobre o regime jurídico que a ele se aplica, mesmo diante de um cenário de extremo crescimento econômico e concorrência entre empresas privadas.

5. REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

236 AGUILLAR, Fernando Herren. Serviços funerários são serviços públicos?. *Migalhas*, 07/07/2010. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/108545/servicos-funerarios-sao-servicos-publicos>; Acesso em 23/06/2022.

AGUILLAR, Fernando Herren. Serviços funerários são serviços públicos?. *Migalhas*, 07/07/2010. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/108545/servicos-funerarios-sao-servicos-publicos>; Acesso em 23/06/2022.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *O trato dos viventes: Formação do Brasil no Atlântico Sul*. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1968.

BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. Direito Funerário: conceito, competência e breves considerações sobre seus princípios informadores. *Acta Científica*, Engenheiro Coelho, v. 26, 2017, p. 21-23, 2º semestre de 2017, p. 26.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos Ed. 2003

JUSTEN FILHO, Marçal. JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a 'personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 26, p. 115-136.

Lei Complementar nº 141/2010 do Município de Adamantina. Disponível em: <https://www.adamantina.sp.leg.br/leis/norma-juridica>; acesso em 25/06/2022.

LOPES, Filipe. Mercado funerário mostra crescimento e investe em sofisticação de serviços. *Fecomércio*, 11/11/2015. Disponível em: <https://www.fecomercio.com.br/noticia/mercado-funerario-mostra-crescimento-e-investe-em-sofisticacao-de-servicos>; acesso 26/06/2022.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 22ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica: 2017.

MEIRELLES, Hely. *Direito Municipal Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Conceito de Direito Administrativo. *Revista da Universidade Católica de São Paulo*, XXVII/36, 1964.

MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços funerários e livre iniciativa econômica. Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)*. (Monografia) Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo, 2011, 81 páginas.

SANTOS, Sidnei Ferreira dos. *A construção social do mercado funerário no Brasil: agentes, instituições e estratégias de negócios*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho: São Paulo, 2019, 113 páginas.

SILVA, Justino Adriano Farias Da. *Tratado de Direito Funerário: Teoria Geral e Instituições de Direito Funerário*. São Paulo: Método Editora, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: SBDP – Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos; BOLZAN, Fabrício. Poder de Polícia: da supremacia do interesse público à primazia dos direitos fundamentais. In DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

A PERDA DE TEMPO DE SERVIÇO MILITAR DECORRENTE DO CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

GABRIEL BACCHIERI DUARTE FALCÃO:

Oficial do Exército Brasileiro, Primeiro-Tenente, Assessor Jurídico da Diretoria de Avaliação e Promoções.²³⁷

RESUMO: O Estatuto dos Militares regula toda a vida administrativa e a carreira dos militares, tratando, inclusive, do tempo de serviço, que será considerado no processo de transferência para a reserva remunerada. Como forma de viabilizar a contagem desse tempo de forma individualizada e justa, a lei diferencia os conceitos de “tempo de efetivo serviço” e “anos de serviço”, sendo que este considera diversos acréscimos ou decréscimos, e aquele é o tempo considerado entre a data de início e a data do término do serviço militar na ativa das Forças Armadas, sem interrupções. Dentre os descontos aplicados aos “anos de serviço” está o decorrente do cumprimento de pena privativa de liberdade, o qual gera diversas especificidades que são abordadas no presente artigo.

Palavras-chave: Militar. Desconto. Tempo de serviço. Condenação. Pena privativa de liberdade.

ABSTRACT: The Military Statute regulates the entire administrative life and career of the military, including the time of service, which will be considered in the process of transferring to the remunerated reserve. In order to count the time in an individualized and fair way, the law differentiates the concepts of “time of effective service” and “years of service”, the latter considering several increases or decreases, and the former is the time considered between start date and end date of active military service in the Armed Forces, without interruptions. Among the discounts applied to “years of service” is the one resulting from serving a custodial sentence, which generates several specificities that are addressed in this article.

Keywords: Military. Discount. Time of service. Conviction. Deprivation of liberty.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o caso de desconsideração de tempo de serviço de militares condenados ao cumprimento de penas privativas de liberdade, previsto no art. 137, § 4º, “e”, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 – Estatuto dos Militares.

237 Contato: gbdfalcao@gmail.com

As diversas nuances decorrentes da desconsideração do tempo de serviço e os problemas jurídicos dela originados fazem deste artigo uma tentativa de auxiliar a prática dos operadores do Direito na área militar, esclarecendo algumas dúvidas que naturalmente surgem da vivência na Assessoria de Apoio para Assuntos Jurídicos da Diretoria de Avaliação e Promoções do Exército Brasileiro.

Pretende-se, com os capítulos que organizam este trabalho, possibilitar a investigação gradativa do assunto, de maneira que não seja necessário realizar outras leituras complementares para que se compreenda o cerne do conteúdo apresentado.

Inicia-se, portanto, com uma elementar explicação sobre o tempo de serviço, a diferença conceitual entre o “tempo de efetivo serviço” e os “anos de serviço”, citando-se os arts. 136 e 137 do Estatuto dos Militares; aborda-se o cumprimento da pena privativa de liberdade por militar da ativa e suas consequências na vida administrativa desse militar; estuda-se a aplicação da lei administrativa no tempo, estabelecendo as regras de direito intertemporal aplicáveis aos casos; esclarece-se a questão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com as nuances relacionadas ao cumprimento de expediente no quartel, pelo militar; e por fim, apresentam-se as considerações finais, reunindo as respostas aos questionamentos feitos ao longo do texto.

2 TEMPO DE SERVIÇO

Os arts. 136 e 137 da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 – Estatuto dos Militares diferenciam os conceitos de “tempo de efetivo serviço” e “anos de serviço”.

Tempo de efetivo serviço é o período computado entre a data de ingresso e a data de saída do militar do serviço ativo, ainda que tenha havido interrupções ao longo desse período ou, ainda, acréscimos previstos em outras normas.

A expressão anos de serviço, por sua vez, representa o tempo de efetivo serviço acrescido ou decrescido de alguns períodos, conforme previsto no estatuto castrense:

Art. 136. Tempo de efetivo serviço é o espaço de tempo computado dia a dia entre a data de ingresso e a data-limite estabelecida para a contagem ou a data do desligamento em consequência da exclusão do serviço ativo, mesmo que tal espaço de tempo seja parcelado.

Art. 137. Anos de serviço é a expressão que designa o tempo de efetivo serviço a que se refere o artigo anterior, com os seguintes acréscimos:

[...]

III - tempo de serviço computável durante o período matriculado como aluno de órgão de formação da reserva;

[...]

VI - 1/3 para cada período consecutivo ou não de 2 anos de efetivo serviço passados pelo militar nas guarnições especiais da Categoria "A", a partir da vigência da Lei nº 5.774, de 23 de dezembro de 1971.

O art. 137 prevê, também, alguns casos em que os anos de serviço sofrerão descontos por motivos diversos:

Art. 137, § 4º Não é computável para efeito algum, salvo para fins de indicação para a quota compulsória, o tempo:

a) que ultrapassar de 1 ano, contínuo ou não, em licença para tratamento de saúde de pessoa da família;

b) passado em licença para tratar de interesse particular ou para acompanhar cônjuge ou companheiro(a);

c) passado como desertor;

d) decorrido em cumprimento de pena de suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função por sentença transitada em julgado; e

e) decorrido em cumprimento de pena restritiva da liberdade, por sentença transitada em julgado, desde que não tenha sido concedida suspensão condicional de pena, quando, então, o tempo correspondente ao período da pena será computado apenas para fins de indicação para a quota compulsória e o que dele exceder, para todos os efeitos, caso as condições estipuladas na sentença não o impeçam.

O texto de lei elenca as diversas razões pelas quais será descontado tempo de serviço, dentre eles a alínea "e", que trata da condenação judicial pela prática de crime, cuja pena se exige o cumprimento para que o tempo respectivo seja descontado.

3 CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Apesar da redação atrapalhada, tentaremos desmembrar o texto legislativo de forma a compreender o seu conteúdo integralmente. Desse modo, o sentido do art. 137, § 4º, alínea “e”, pode ser condensado nas seguintes frases: I – não será computado como tempo de serviço o período passado em cumprimento de pena privativa de liberdade, por sentença transitada em julgado, nem mesmo para fins de inclusão em quota compulsória; II – se for concedida a suspensão condicional da pena (*sursis*), o tempo da condenação será considerado para fins de inclusão em quota compulsória; e III – se o período de prova do *sursis* for maior do que a própria condenação, o tempo da condenação continuará sendo descontado, porém, será considerado para quota compulsória; já o restante do período de prova que for além da condenação, será considerado para todos os efeitos (contará como tempo de serviço e será considerado para quota compulsória).

Portanto, a expressão “o que dele exceder” se refere ao período de prova do *sursis*, quando ele é maior do que a pena imposta na condenação.

Importante observar uma questão relativa à definição de uma nomenclatura, para facilitar a compreensão do presente trabalho. O Código Penal Militar, de 1969, ao longo de toda sua redação legislativa, utiliza a expressão “pena privativa de liberdade”. Já o Estatuto dos Militares, de 1980, passou a utilizar a expressão “pena restritiva de liberdade”. Neste trabalho, optou-se por utilizar a redação mais recente do Código Penal comum, com redação conferida pela reforma penal de 1984, estabelecendo no art. 32 que “as penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa”, a fim de evitar o desalinhamento do texto.

Retornando aos questionamentos propostos, por exemplo, se um sargento é condenado a dois anos de pena privativa de liberdade por ter praticado o crime do art. 163 do Código Penal Militar (“Recusa de obediência; Art. 163. Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução: Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave”) e o juiz estabeleceu o período de prova de seis anos, “o que dele excedeu” equivale a quatro anos (subtração de seis por dois).

No caso acima, tendo sido beneficiado pela suspensão condicional da pena e, ainda que o período de prova seja de seis anos, o sargento perderá apenas os dois anos de tempo de serviço, estabelecidos na condenação; por outro lado, ainda que esse tempo seja descontado, ele não será desconsiderado para fins de inclusão em quota compulsória. A mesma consequência ocorreria no caso de não concessão do *sursis* ou se o período de prova fosse menor (de quatro anos, por exemplo), porquanto o que nos interessa é o tempo da condenação.

4 APLICAÇÃO DO DIREITO INTERTEMPORAL

Feitas as devidas considerações a respeito da literalidade do art. 137, § 4º, “e”, do Estatuto dos Militares, parte-se para uma análise da questão da aplicação da lei administrativa no tempo, que pode gerar algumas dúvidas aos aplicadores do Direito.

Dentre os questionamentos que se apresentam ao tema, indaga-se o seguinte: I – O militar condenado a pena privativa de liberdade sofrerá o desconto em seu tempo de serviço retroativamente? Caso a sentença o condene a dez anos de reclusão, mas ele tenha iniciado o cumprimento da pena há apenas dois anos e, então, sido transferido para a inatividade, quanto tempo será descontado de seus “anos de serviço”? II – Nesse caso em que ele foi transferido para a inatividade durante o cumprimento da pena, se não for possível descontar o tempo da condenação retroativamente, poderá esse tempo ser descontado em perspectiva, relativamente a período futuro?

A resposta ao primeiro questionamento (I) encontra respaldo no próprio art. 137, § 4º, “e”, do Estatuto dos Militares. Não é todo o tempo da condenação que deve ser abatido, mas somente o período cumprido dessa pena. Deverá, portanto, ser descontado do tempo de serviço do militar, para efeitos de cálculo dos proventos de reforma, o período cumprido referente a pena restritiva de liberdade. Tal interpretação é consentânea com o próprio art. 137, que define que “não é computável [...] o tempo [...] decorrido em cumprimento de pena restritiva da liberdade”.

Deve-se observar que tal raciocínio, entendemos, não deve ser prejudicado pelo reconhecimento judicial da detração. Se, a partir de um certo momento, durante o processo criminal, o militar tiver a prisão preventiva decretada, o tempo passado em prisão preventiva se somará ao tempo da condenação imposto na sentença. Dessa forma, sendo considerado para fins de detração, o tempo em que o militar ficou preso preventivamente deve ser considerado também como “tempo decorrido em cumprimento de pena restritiva da liberdade”, sendo descontado de seu tempo de serviço.

Não é diferente a solução dada ao segundo questionamento (II), sendo uma questão de lógica o fato de que não se pode desconsiderar algo que ainda não existe. O “tempo decorrido em cumprimento de pena restritiva da liberdade” só passa a existir após a sentença condenatória. Por exemplo, na mesma situação trazida acima, sendo o militar condenado a dez anos de reclusão, mas tendo iniciado o cumprimento da pena há apenas dois anos, faltam oito anos de cumprimento que, em tese serão também descontados.

Porém, ao final do segundo ano de cumprimento da pena, o militar é transferido para a reserva remunerada. Nesse caminho, não pode a administração militar abater de seu tempo de serviço os dez anos da condenação, ainda por cumprir, limitando-se a abater os dois anos efetivamente cumpridos até aquele momento.

Para ser desconsiderado, é necessário, então, que tenha ocorrido o cumprimento efetivo da pena privativa de liberdade, além de o militar se encontrar na ativa durante esse cumprimento. Caso contrário, se ele foi condenado a uma pena de quatro anos mas cumpriu apenas três, serão estes três desconsiderados em seu tempo de serviço; caso cumpra os quatro anos de pena mas seja transferido para a reserva ao final do terceiro ano, também terá descontados apenas os três anos, já que não se pode descontar tempo de serviço que nem existiu.

Cabe ressaltar que, se o trânsito em julgado vier depois, ele retroage ao início do cumprimento da pena. Ainda que a certidão de imutabilidade da decisão condenatória seja datada, logicamente, após o início do cumprimento da pena, fato é que existe, materialmente, uma sentença condenatória transitada em julgado, cujo trânsito em julgado apenas ocorreu depois.

De forma conclusiva, não se pode falar, portanto, em desconto de tempo de serviço, em razão de condenação criminal, de período não abrangido pelo cumprimento da pena, solucionando-se ambos os questionamentos feitos acima.

5 CONVERSÃO EM PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Outra questão bastante corriqueira, concernente ao assunto da desconsideração de tempo de serviço, é a situação em que o militar é condenado a certa pena privativa de liberdade mas que é convertida em pena restritiva de direitos.

De forma semelhante ao que foi feito nos outros capítulos, propõe-se alguns questionamentos a serem respondidos ao longo do texto. Assim, se um militar condenado a pena privativa de liberdade de nove meses, sendo esta substituída por pena restritiva de direitos, esse tempo da condenação deve ter abatido de seu tempo de efetivo serviço? E se esse militar, cumprindo penas restritivas de direitos, também cumprir expediente na sua organização militar?

Como o Estatuto dos Militares foi promulgado em 1980 e o Código Penal Militar em 1969, momento em que não se admitia a possibilidade de conversão de uma pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Em razão disso, o art. 137, § 4º, alínea "e", do Estatuto não menciona expressamente tal situação.

Importante salientar que o Estatuto dos Militares, de 1980, é anterior à reforma penal de julho/1984, que alterou substancialmente o Código Penal de 1940, mas "esqueceu-se" do *codex* castrense. Ou seja, as novidades trazidas pela reforma – dentre elas, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa – não alcançaram o Código Penal Militar. Admite-se, porém, o emprego da referida norma do Código Penal comum ao processo-crime militar.

Dessa forma, apesar de não estar cumprindo pena privativa de liberdade em sentido estrito, o militar terá o respectivo tempo descontado. A recente jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais sobre o assunto é no sentido de admitir a exclusão do tempo de serviço passado em cumprimento de pena restritiva de direitos, como se depreende do julgado transcrito a seguir:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. COMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO. CONDENAÇÃO PENAL. DETENÇÃO SUBSTITUÍDA POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme dispõe o artigo 137, §4º, "e", do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80), não é computável para efeito algum, salvo para fins de indicação para a quota compulsória, o tempo decorrido em cumprimento de pena restritiva da liberdade por sentença transitada em julgado, desde que não tenha sido concedida a suspensão condicional da pena.

2. A pena privativa da liberdade subsiste à substituição por pena restritiva de direito, podendo ser executada se descumpridas as condições da substituição, de modo que não merece guarida o apelo.

[...]

Não se extrai vício de ilegalidade na exclusão do tempo de serviço militar prestado no período abrangido pela sanção penal condenatória consubstanciada nas penas restritivas de direito.

(TRF-4, Apelação Cível nº 5009750-93.2018.4.04.7102/RS; Julgamento em 18/08/2021; Rel. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida).
(grifei)

Nesse sentido, a pena privativa de liberdade não é excluída, sendo apenas substituída sob condições. Quando o militar se beneficia desse instituto, não obtém a suspensão da execução da pena privativa de liberdade, mas sim, a substituição por apenamento mais favorável para cumprimento. Mesmo com a substituição, subsiste a pena aplicada, pois se o condenado não cumprir a medida alternativa pode voltar a cumprir a sanção originalmente imposta.

Outro ponto que nos leva a desconsiderar o tempo de serviço passado em cumprimento de pena restritiva de direitos é que o art. 137, § 4º, supracitado, impede a contagem do tempo da condenação quando há a concessão da suspensão condicional da

pena (*sursis*). O *sursis* pode ser concedido quando a pena privativa de liberdade é “não superior a 2 (dois) anos” (art. 77 do Código Penal e art. 84 do Código Penal Militar), já a substituição por pena restritiva de direitos pode ser concedida quando a pena privativa de liberdade é “não superior a 4 (quatro) anos” (art. 44 do Código Penal).

Ora, se haverá necessariamente a exclusão do tempo de serviço em crimes menos graves (penas até dois anos, em que se admite o *sursis*), constituiria um contrassenso não descontar o tempo de serviço do militar condenado por crimes cujas penas são mais graves (penas até quatro anos, em que se admite a substituição por penas restritivas de direitos).

Portanto, em resposta ao questionamento supra, o tempo transcorrido em cumprimento de pena restritiva de direitos deve ser excluído do tempo de efetivo serviço do militar. Se o militar for condenado a nove meses de pena privativa de liberdade, sendo esta substituída por pena restritiva de direitos, deve ter esse período abatido de seu tempo total de efetivo serviço.

Por fim, uma última questão se apresenta a esse propósito: e se o militar cumprir expediente durante o cumprimento de pena restritiva de direitos? Entendemos que não há qualquer alteração conclusiva, eis que o fato de cumprir expediente trabalhando na organização militar, não altera o fato de que foi condenado a pena privativa de liberdade e está cumprindo-a sob a forma de pena restritiva de direitos. Deve, portanto, ter desconsiderado o tempo da condenação de seu tempo de serviço.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo pudemos estudar detidamente os conceitos de “tempo de efetivo serviço” e “anos de serviço”, inferindo que o militar, quando condenado à pena privativa de liberdade, perderá o tempo de serviço correspondente ao tempo cumprido da pena imposta. Verificou-se a relação do assunto com a quota compulsória.

Estudou-se a aplicação da lei administrativa no tempo, estabelecendo as regras de direito intertemporal aplicáveis aos casos. Nesse sentido, não se pode desconsiderar o tempo de serviço retroativamente, pois o marco inicial do abatimento não pode ultrapassar o início do cumprimento da pena imposta. Da mesma maneira, caso o militar seja transferido para a reserva durante o cumprimento da pena, será interrompido o desconto do tempo de serviço no mesmo instante em que ele entrar para a inatividade.

Além disso, quando a pena privativa de liberdade é substituída por restritiva de direitos, em nada altera a situação do militar, mesmo que ele cumpra expediente na sua organização militar.

Portanto, o que realmente influencia na desconsideração do tempo de serviço, prevista no art. 137, § 4º, "e", do Estatuto dos Militares, é o tempo efetivamente cumprido da pena criminal imposta, sendo irrelevante qualquer tempo fora desse parâmetro.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 de janeiro de 2023.

BRASIL, Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 17 de janeiro de 2023.

BRASIL, Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 17 de janeiro de 2023.

BRASIL, Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 17 de janeiro de 2023.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível nº 5009750-93.2018.4.04.7102/RS. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br>. Acesso em: 17 de janeiro de 2023.

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NOS CASOS DE OMISSÃO

BRUNO RAMOS MENDES: Delegado de Polícia da Polícia Civil do Estado de Goiás. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Projeção. Formado pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub.²³⁸

RESUMO: o presente artigo tem por objetivo analisar a divergência existente tanto na doutrina quanto na jurisprudência sobre qual teoria deve ser aplicada aos casos de danos causados ao administrado por atos omissivos do Estado. Será apresentado um histórico da evolução das teorias desde meados do século XIX, além de quais são as correntes doutrinárias, em qual sentido estão decidindo os Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) e se existe uma posição majoritária. Quanto à metodologia empregada, trata-se de uma pesquisa básica com abordagem qualitativa, de objetivo exploratório, delineamento bibliográfico e documental. Ao final, conclui-se que o tema não é pacífico na doutrina e que os Tribunais sinalizam a adoção da teoria subjetiva.

Palavras-chave: Administração Pública. Responsabilidade civil do Estado. Extracontratual. Omissão.

1. INTRODUÇÃO

Responsabilidade pode ser conceituada, genericamente, como o dever de responder pelos próprios atos quando estes causarem dano a outrem. Responsabilidade é:

a obrigação que lhe incumbe (o Estado) de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos e ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos (MELLO, 2005, p. 917).

Em outras palavras, responsabilidade é o dever que se tem de arcar com as consequências de seus atos. No direito brasileiro essa responsabilidade é uma tríplice responsabilidade, pois há a possibilidade de se responder em três esferas: cível (patrimonial); penal (restrição da liberdade); e administrativa (funcional). É possível a cumulação dessas três responsabilidades, mas, em regra, elas são independentes entre si.

238 Contato: bruno.mendes1406@gmail.com

Segundo afirma Mello (2005, p. 917), “todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos”.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado vem evoluindo desde meados do século XIX. Segundo Carvalho Filho (2011), no século XIX a teoria prevalecente no mundo ocidental era a Teoria da Irresponsabilidade Estatal, ou seja, o Estado não se responsabilizava por nenhum ato praticado por seus agentes, pois sempre quando agia, o Estado o fazia buscando o bem comum, logo, incabível responsabilização por qualquer de seus atos (“the king can do no wrong” – o rei não erra). Em decorrência do Estado Liberal, este raramente intervinha nas relações entre particulares.

Essa teoria não durou por muito tempo, pois a ideia da irresponsabilidade estatal gerava insegurança tanto jurídica quanto política.

Houve, então, uma evolução. O Estado Liberal foi substituído pelo Estado de Direito e com ele surgiu uma nova teoria: a Teoria da Responsabilidade Civil com Culpa.

Afirma Mello (2005) que, mesmo após o surgimento do Estado de Direito, a tese da responsabilidade pública não se impôs com facilidade. Referida teoria dividia os atos estatais em duas categorias: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos, eis que decorrentes da soberania estatal; estes seriam atos praticados pela Administração Pública em pé de igualdade com os administrados.

No caso dos atos de império, o Estado não poderia ser responsabilizado por eventuais danos causados por seus agentes.

Já nos atos de gestão, comprovada a culpa do agente estatal pelo particular, o Estado responderia pelos danos causados.

Essa teoria, entretanto, não vingou. Isso em razão da dificuldade em distinguir-se quais atos eram atos de império e quais eram de gestão, ou ainda, se os erros cometidos pelos agentes públicos estavam ou não associados ao exercício da função pública (CARVALHO FILHO, 2011).

A teoria que se seguiu à Teoria da Responsabilidade com Culpa foi a Teoria da Culpa Administrativa, a qual tornou desnecessária a distinção entre atos de império e atos de gestão.

Por essa teoria, bastaria que o particular comprava-se a falta do serviço para que houvesse o dever de indenizar do Estado.

A falta do serviço se caracteriza em três formas: inexistência do serviço; mau funcionamento do serviço; e retardamento (ou demora) na prestação do serviço.

Da Teoria da Culpa Administrativa chega-se a Teoria da Responsabilidade Objetiva, que é a teoria adotada, em regra, no Brasil e em grande parte dos países ao redor do globo.

O que fundamenta a Teoria da Responsabilidade Objetiva é a chamada Teoria do Risco Administrativo, segundo a qual, o Estado, por se encontrar em relação de desigualdade perante o particular, deve arcar com um risco naturalmente maior em razão das inúmeras atividades por ele desempenhadas.

A adoção da referida teoria é confirmada pela redação do art. 37, §6º, da Constituição Federal. Até esse ponto não há que se falar em divergências doutrinárias e jurisprudenciais, sendo pacífico que, em se tratando de condutas comissivas, sejam dolosas ou culposas, a responsabilidade civil do Estado é objetiva.

A discussão surge quando o assunto é a responsabilidade civil em casos de omissão estatal, tema este levantado por Furtado (2007, p.1027):

este talvez constitua o aspecto mais controvertido no estudo da responsabilidade civil do Estado. A grande dúvida, persistente até os dias atuais na doutrina e na jurisprudência, consiste em saber se, na omissão, a responsabilidade civil do Estado é objetiva ou subjetiva.

Salienta-se que, segundo Di Pietro (2011), existe muita divergência terminológica entre os autores, não sendo pacífica a divisão das teorias sobre a responsabilidade estatal. Cumpre-me informar que neste trabalho foi adotada a classificação do professor Carvalho Filho.

Então indaga-se: qual a posição predominante na doutrina? Existe posição pacífica na jurisprudência dos Tribunais Superiores?

A hipótese sugerida para resolver tais questões é de que o Estado, ante a violação do direito de um particular (incolumidade de seu patrimônio), deve ressarcir-lo pelos danos causados, independentemente da existência de culpa na ação ou omissão de seus agentes, tendo em vista que na relação entre Administração Pública e administrado, este seria do lado mais fraco da relação.

O Brasil, conforme dito acima, através do art. 37, §6º, da Constituição, adotou a Teoria do Risco Administrativo (responsabilidade civil objetiva). Ocorre que, tanto doutrina quanto jurisprudência, não chegaram a um consenso sobre a aplicabilidade ou

não do dispositivo constitucional retro mencionado aos danos ocorridos em razão de omissão estatal.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, ora adotam uma posição (defendendo a responsabilidade civil objetiva para danos causados em razão de omissão estatal), ora adotam outra (defendendo a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, exigindo a demonstração de “culpa” – falta do serviço - por parte da Administração).

Importante salientar que isso vem ocorrendo ao longo do tempo, não se podendo afirmar que, em determinada época os Tribunais adotavam a primeira corrente e que em outro período de tempo, adotavam a segunda.

Conforme será demonstrado, o que nos é tangível é informar a tendência dos Tribunais, convindo analisar a discordância existente tanto na doutrina quanto na jurisprudência para que se possa chegar a uma conclusão e assim fornecer mais segurança para os operadores do direito e para a própria Administração Pública e seus administrados.

O presente estudo tem como tema a responsabilidade civil extracontratual do Estado nos casos de omissão e para tanto é uma pesquisa do tipo básica.

Pesquisa básica é aquela que objetiva gerar conhecimentos novos úteis para o avanço da ciência sem aplicação prática prevista, envolve verdades e interesses universais, é feita para aumentar o conhecimento sobre algum assunto, sem que se tenha na pesquisa uma aplicação imediata, aplica o conhecimento pelo conhecimento e busca este para a difusão na comunidade (DACTES, 2012).

O método científico utilizado é o hipotético-dedutivo, “um método que procura uma solução, através de tentativas (conjecturas, hipóteses, teorias) e eliminação de erros que não leva à certeza, pois o conhecimento absolutamente certo não é alcançado” (RAZUK, p. 06).

No que se refere à abordagem, esta é qualitativa, pois

Compreende um conjunto de diferentes técnicas interpretativas que visam a descrever e a decodificar os componentes de um sistema complexo de significados. Tem por objetivo traduzir e expressar os sentidos dos fenômenos do mundo social; trata-se de reduzir a distância entre indicador e indicado, entre teoria e dados, entre contexto e ação (NEVES, 1996).

O objetivo metodológico a que se refere esse estudo é de uma pesquisa exploratória, onde “seu objetivo é a caracterização inicial do problema, sua classificação e de sua definição. Constitui o primeiro estágio de toda pesquisa científica” (RODRIGUES, 2007, p. 02).

Foi realizado um levantamento bibliográfico e documental. As fontes utilizadas para a pesquisa se concentram na consulta à bibliografia sobre o tema, priorizando o enfoque do Direito Público, fundamentalmente no Direito Administrativo.

Junto à pesquisa bibliográfica *stricto sensu*, realizamos também consulta à legislação pertinente e análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Ao final, conclui-se que não há posição pacífica na doutrina. Em relação à jurisprudência, observa-se que apesar da divergência, os Tribunais Superiores sinalizam a adoção da teoria subjetiva para a responsabilização civil em casos de omissão estatal.

2.DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Devido a relevância do tema, grandes nomes do Direito Administrativo vêm tentando apresentar uma correta solução para a questão se a responsabilidade do Estado em relação a atos omissivos é objetiva ou subjetiva. Atualmente, pode-se fazer uma afirmação categórica: entre os doutrinadores, o tema não é pacífico.

Di Pietro (2011) cita alguns renomados autores que defendem a adoção da vertente subjetiva: José Cretella Junior, Yuseff Said Cahali, Alvaro Lazzarini, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antonio Bandeira de Mello. Citada autora, inclusive, se filia a essa teoria.

Para Mello (2005, pp. 936-937):

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja sendo obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

O autor segue sua explanação afirmando ainda que o Estado só seria responsável caso fosse praticado algum ato ilícito por um de seus agentes, pois “não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa)...” (MELLO, 2005, p. 937).

Desse modo, não bastaria, para configuração da responsabilidade estatal, a simples relação entre a ausência do serviço e o dano sofrido; haveria a necessidade de comprovação de culpa por parte do Estado.

Alexandrino (2011), sem hesitar, afirma que em relação aos danos causados por atos omissivos da Administração a responsabilidade civil do Estado é subjetiva.

Di Pietro (2011, p. 654), tentando acalmar os ânimos sobre a discussão, afirma que “na realidade, a diferença entre as duas teorias é tão pequena que a discussão perde um pouco do interesse, até porque ambas geram para o ente público o dever de indenizar”.

Um grande autor do Direito Administrativo brasileiro que defende a adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva em relação à omissão estatal é Helly Lopes Meirelles (1993, p. 566), que, citado por Furtado (2007, p. 1028) diz:

Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.

Corroborando o posicionamento de Meirelles, Carvalho Filho (2011, p. 539), citado por Marinela (2011, p. 884), afirma que:

Queremos deixar claro, no entanto, que o elemento marcante da responsabilidade extracontratual do Estado é efetivamente a responsabilidade objetiva; daí, não se nos afigurar inteiramente correto afirmar que, nas condutas omissivas, incidirá a responsabilidade objetiva. A responsabilidade objetiva é um plus em relação à responsabilidade subjetiva e não deixa de subsistir em razão; além do mais, todos se sujeitam normalmente à responsabilidade subjetiva, porque essa é a regra do ordenamento jurídico. Por conseguinte, quando se diz que nas omissões o Estado responde somente por culpa, não se está dizendo que incide a responsabilidade subjetiva, mas apenas que se trata de responsabilização comum, ou seja, aquela fundada na culpa, não se admitindo então a responsabilidade sem culpa.

Por fim, Furtado (2007, pp. 1031-1032) conclui:

Em conclusão, a discussão sobre a responsabilidade civil do Estado na omissão, especificamente acerca do seu enquadramento na teoria objetiva ou a teoria subjetiva, vem de muito tempo, e não há sinais de que venha a ser adotada uma teoria em detrimento da outra. É certo, todavia, que na jurisprudência é mais fácil identificar a menção à teoria subjetiva quando se trata de situações de omissões do Estado.

Conforme demonstrado e dito anteriormente, a doutrina não é pacífica acerca do tema. Alguns autores afirmam ser majoritário na doutrina o entendimento de que a responsabilidade civil extracontratual do Estado é subjetiva, devendo ser aferido quatro requisitos antes da responsabilização estatal: omissão (falta do serviço), dano, nexos de causalidade e comprovação de culpa. Já outros discordam dessa orientação, afirmando que basta que o administrado lesado demonstre a ocorrência do dano e que houve omissão por parte do Estado para que este seja responsabilizado.

Em relação à jurisprudência brasileira, há diversas decisões em ambos os sentidos, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça.

Na ementa do RE 136861/TJ, julgado em 2021, percebe-se claramente a adoção da teoria objetiva no caso de omissão estatal em seu dever de fiscalização:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO ESPECÍFICO DE AGIR. 1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE. 2. **Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva**, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. 3. Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu, pautado na doutrina da teoria do risco administrativo e com base na legislação local, que não poderia ser atribuída ao Município de São Paulo a responsabilidade civil pela explosão ocorrida em loja de fogos de artifício. Entendeu-se que não houve omissão estatal na fiscalização da atividade, uma vez que os

proprietários do comércio desenvolviam a atividade de forma clandestina, pois ausente a autorização estatal para comercialização de fogos de artifício. 4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: “Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular”. 5. Recurso extraordinário desprovido.

Divergindo do mencionado posicionamento, há julgados relativos a danos causados por presos foragidos do sistema prisional nos quais o Supremo exige que seja demonstrado nexos de causalidade entre os danos causados e a fuga, exigindo-se a demonstração de contemporaneidade entre esses elementos, como se observa no RE 608880/MT:

EMENTA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOA CONDENADA CRIMINALMENTE, FORAGIDA DO SISTEMA PRISIONAL. DANO CAUSADO A TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O ATO DA FUGA E A CONDUTA DANOSA. AUSÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva, exige os seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. 2. A jurisprudência desta CORTE, inclusive, entende ser objetiva a responsabilidade civil decorrente de omissão, seja das pessoas jurídicas de direito público ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. 3. Entretanto, o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias como o caso fortuito e a força maior ou evidências de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima. 4. A fuga de presidiário e o cometimento de crime, sem qualquer relação lógica com sua evasão, extirpa o elemento normativo, segundo o qual

a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente. Nesse cenário, em que não há causalidade direta para fins de atribuição de responsabilidade civil extracontratual do Poder Público, não se apresentam os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal - em especial, como já citado, por ausência do nexo causal . 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Tema 362, fixada a seguinte tese de repercussão geral: "Nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não demonstrado o nexo causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada".

No Superior Tribunal de Justiça há diversos julgados adotando a teoria subjetiva. Podemos citar o REsp 1708325/RS, julgado em 2022:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. MORTE EM DECORRÊNCIA DE DISPARO DE ARMA DE FOGO NO INTERIOR DE HOSPITAL PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VIGILÂNCIA. FALHA ESPECÍFICA NO DEVER DE AGIR. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A responsabilidade civil estatal é, em regra, objetiva, uma vez que decorre do risco administrativo, em que não se exige perquirir sobre existência de culpa, conforme disciplinado pelos arts. 14 do Código de Defesa do Consumidor; 186, 192 e 927 do Código Civil; e 37, § 6º, da Constituição Federal. 2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento do Excelso Pretório, firmou compreensão de que o Poder Público, inclusive por atos omissivos, responde de forma objetiva quando constatada a precariedade/vício no serviço decorrente da falha no dever legal e específico de agir. 3. A atividade exercida pelos hospitais, por sua natureza, inclui, além do serviço técnico-médico, o serviço auxiliar de estadia e, por tal razão, está o ente público obrigado a disponibilizar equipe/pessoal e equipamentos necessários e eficazes para o alcance dessa finalidade. 4. A análise da responsabilidade civil, no contexto desafiador dos tempos modernos, em que se colocam a julgamento as consequências impactantes das omissões estatais, impõe ao julgador o ônus preponderante de examinar os dispositivos civis referidos, sob o olhar dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. 5. Logo, é de se concluir que a conduta do hospital que deixa de fornecer o mínimo serviço de segurança e, por conseguinte, despreza o dever de zelar pela

incolumidade física dos pacientes, contribuiu de forma determinante e específica para o homicídio praticado em suas dependências, afastando-se a alegação da excludente de ilicitude, qual seja, fato de terceiro. 6. Recurso especial provido para restabelecer a indenização, pelos danos morais e materiais, fixada na sentença.

Também o REsp nº 1708325/RS:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO**. MORTE EM DECORRÊNCIA DE DISPARO DE ARMA DE FOGO NO INTERIOR DE HOSPITAL PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VIGILÂNCIA. **FALHA ESPECÍFICA NO DEVER DE AGIR**. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A responsabilidade civil estatal é, em regra, objetiva, uma vez que decorre do risco administrativo, em que não se exige perquirir sobre existência de culpa, conforme disciplinado pelos arts. 14 do Código de Defesa do Consumidor; 186, 192 e 927 do Código Civil; e 37, § 6º, da Constituição Federal. 2. **O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento do Excelso Pretório, firmou compreensão de que o Poder Público, inclusive por atos omissivos, responde de forma objetiva quando constatada a precariedade/vício no serviço decorrente da falha no dever legal e específico de agir**. 3. A atividade exercida pelos hospitais, por sua natureza, inclui, além do serviço técnico-médico, o serviço auxiliar de estadia e, por tal razão, está o ente público obrigado a disponibilizar equipe/pessoal e equipamentos necessários e eficazes para o alcance dessa finalidade. 4. A análise da responsabilidade civil, no contexto desafiador dos tempos modernos, em que se colocam a julgamento as consequências impactantes das omissões estatais, impõe ao julgador o ônus preponderante de examinar os dispositivos civis referidos, sob o olhar dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. 5. Logo, é de se concluir que a conduta do hospital que deixa de fornecer o mínimo serviço de segurança e, por conseguinte, despreza o dever de zelar pela incolumidade física dos pacientes, contribuiu de forma determinante e específica para o homicídio praticado em suas dependências, afastando-se a alegação da excludente de ilicitude, qual seja, fato de terceiro. 6. Recurso especial provido para restabelecer a indenização, pelos danos morais e materiais, fixada na sentença (*grifos nossos*).

Pela análise dos julgados acima, podemos notar uma forte tendência de que seja adotada a teoria subjetiva no âmbito dos Tribunais Superiores. Porém, certo é de que

ainda não há posicionamento firmado em sede de repercussão geral ou através de recursos repetitivos, o que, por certo, em breve ocorrerá.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil não há uma posição pacífica sobre qual a teoria adotada em relação a responsabilidade civil extracontratual do Estado nos casos de omissão.

Há respeitável parte da doutrina defendendo a adoção da teoria objetiva, tendo em vista que a Constituição não faz nenhuma ressalva em relação aos atos omissivos em seu art. 37, §6º.

Há também grandes nomes do Direito Administrativo defendendo que deve ser aplicada a teoria subjetiva, cabendo ao administrado demonstrar a existência de culpa *lato sensu* por parte do Estado na falta de prestação do serviço.

Percebeu-se pelo estudo feito no presente artigo que no âmbito do Supremo Tribunal a matéria é por vezes divergente, não se podendo ainda dizer qual a teórica prevalente na Corte.

Já no Superior Tribunal de Justiça pode-se dizer que há uma forte tendência pela adoção da teoria subjetiva, o que se confirma pelos atuais julgados, alguns dos quais foram acima colacionados.

Ante o exposto, a Teoria Subjetiva mostra-se como mais recomendável, pois reflete a regra geral do sistema de responsabilidade civil do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja: culpa não se presume, se prova. E, como sabidamente afirma Di Pietro (2011), a consequência jurídica, adotando-se uma ou outra teoria, é a mesma: o dever de indenizar do Estado por danos causados ao particular.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed. ver. E atual., Rio de Janeiro: Método, São Paulo: Método, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 23/02/2023.

_____. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 23/02/2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DACTES, Cristiane. **Pesquisa Básica X Pesquisa Aplicada**. Disponível em <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAAtj8AB/pesquisa-basica-x-pesquisa-aplicada>>. Acesso em: 06/01/2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2007.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed., Niterói: Impetus Editora, 2011.

NEVES, José Luis. **Pesquisa Qualitativa – Características, Usos e Possibilidades**. Disponível em: <<http://www.ead.fea.usp.br/cad-pesq/arquivos/c03-art06.pdf>>. Acesso em 06/01/2023.

RAZUK, Paulo César. **O Método Científico**. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/o_metodo_cientifico_04.pdf>. Acesso em 06/01/2023.

RODRIGUES, William Costa. **Metodologia Científica**. Disponível em: <http://professor.ucg.br/siteDocente/admin/arquivosUpload/3922/material/William%20Costa%20Rodrigues_metodologia_cientifica.pdf>. Acesso em 06/01/2023.

MULTIPARENTALIDADE E A AMPLIAÇÃO SUBJETIVA DAS RELAÇÕES FAMILIARES

SARAH LOPES DE ARAÚJO FREITAS:

Mestra em Direito e Políticas Públicas pela UNIRIO. Pós-graduada pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Especialista em Direito Civil pela PUC-MG, Especialista em Direito Administrativo pela UCAM, Advogada.²³⁹

Resumo: O presente artigo objetiva tratar da temática de reconhecimento de múltiplos vínculos familiares, para além do biológico, incluindo-se o critério da socioafetividade, e, por consequência, os efeitos jurídicos e não jurídicos que os laços não consanguíneos geram na formação do núcleo familiar. Para tanto, a abordagem da matéria perpassará por uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da evolução do conceito de família, previsto na Constituição Federal de 1988, até a interpretação dada pela doutrina e tribunais, hodiernamente. Utilizar-se-á a título de ilustração caso concreto em que levantados os tópicos, ora abordados no direito de família, a fim de se chegar ao final deste artigo à uma conclusão fundamentada para a resolução da problemática posta. Não se pretende esgotar o tema, que goza de constante evolução em todos os âmbitos, porquanto se adotarão os posicionamentos mais recentes bibliográficos e decisórios do Judiciário, com fim de adequar o estudo de caso à linha traçada pela jurisprudência.

Palavras chave: Relações Familiares. Vínculo Biológico. Vínculo Afetivo. Multiparentalidade.

Abstract: This article aims to address the issue of recognizing multiple family ties, beyond the biological, including the criterion of socio-affectivity, and, consequently, the legal and non-legal effects that non-consanguineous ties generate in the formation of the family nucleus. Therefore, the approach to the matter will go through a doctrinal and jurisprudential analysis about the evolution of the concept of family, foreseen in the Federal Constitution of 1988, until the interpretation given by the doctrine and courts, nowadays. It will be used as an illustration by way of a concrete case in which the topics raised, now addressed in family law, in order to reach a reasoned conclusion at the end of this article for the resolution of the problem posed. It is not intended to exhaust the theme, which enjoys constant evolution in all areas, as the most recent bibliographic and decision-making positions of the Judiciary will be adopted, in order to adapt the case study to the line drawn by jurisprudence.

239 E-mail: sarahfreitas00@gmail.com.

Keywords: Family Relationships. Biological Link. Affective Bond. Multiparentality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Das Diferentes Espécies de Parentesco. 2.1 Parentalidade Biológica X Afetiva: Prevalência ou Concomitância? 2.2. Multiparentalidade: Existência, Contornos e Impactos. 2.3. Resolução do Caso Proposto: Direitos do Ex- Marido relativos ao filho da Ex- Mulher. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O núcleo familiar ganhou relevo com a Constituição Federal de 1988, ao ser-lhe atribuído um capítulo próprio denominado da “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, cujo dispositivo inicial, artigo 226, caput, preconiza que a família é a base da sociedade e goza de proteção do Estado.

Nessa senda, o parágrafo 4º do artigo supracitado menciona que a entidade familiar é uma comunidade formada por quaisquer dos pais e seus descendentes. Feita uma leitura sumária, observa-se que o legislador disse menos do que deveria, abrindo margem à interpretação do conceito de “pais” e “descendentes”, como vem a dizer o artigo 1.593 do Código Civil, o qual fala que o parentesco será natural (consanguíneo) ou civil.

Junto a isso, fora editada em 1990 a Lei 8.069, que trata do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual em seu artigo 25, caput e parágrafo agregam o conceito de família, outrora definido pela Carta Magna, ao discorrerem que a família natural é a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, enquanto que o conceito de família extensa cinge-se àquela além da unidade formada entre pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Logo, infere-se do acima visto, que os legisladores de diferentes épocas, através da evolução social, vêm incrementando o conceito de família e daqueles que a formam, reconhecendo não mais a figura central de um chefe familiar, mas o compartilhamento de funções entre todos os integrantes, dentro da capacidade de cada um.

Dessa dita evolução, emergiram diferentes formas de uniões entre casais além do casamento: a possibilidade e reconhecimento da união homossexual como legal e legitimada pela sociedade; novas formas de reprodução; e, finalmente, novas formas de parentalidade, que não se esvaem com a dissolução do vínculo marital.

É deste último ponto que partiremos para compreender à fundo as origens da parentalidade como gênero, perpassando pela civil, a fim de entender a socioafetiva, e

finalmente, trazer à lume a multiparentalidade, já solidificada hodiernamente. Paratanto, nos valeremos do seguinte caso trazido para resolução: *"Maria e Alberto ficaram casados por 15 (quinze) anos, tendo nascido um filho, Lucas. Quando ele tinha 03 (três) anos, os pais se divorciaram e Maria acabou por se casar com Jorge, com quem ficou por mais 07 (sete) anos. Jorge cuidava de Lucas como se seu filho fosse, muito embora Alberto não só pagasse a pensão como, ainda, dedicasse grande parte de seu tempo a seu filho. Após o término de seu casamento com Maria, Jorge pretendeu continuar a visitar Lucas e a definir seu futuro, manifestando-se acerca de suas atividades escolares. Insatisfeita com a ingerência de seu ex-marido na vida de seu filho, Maria quer saber se Jorge tem algum direito com relação a Lucas"*.

Assim, a situação relatada alhures é ilustração da realidade de inúmeras famílias atuais e como seus integrantes interagem uns com os outros, apesar do vínculo legalmente rompido. Portanto, visa-se responder ao questionamento de até onde vai o direito de amar, cujo maior empecilho pode ser a falta de um código genético compartilhado. O presente trabalho terá por escopo por fim à referida questão, apresentando a paternidade socioafetiva e a multiparentalidade como institutos, que, a despeito de não expressamente positivados nos textos constitucional e infraconstitucional, merecem ser regalados com o status de direitos fundamentais.

2. Das Diferentes Espécies de Parentesco

A parentalidade biológica envolve informações genéticas compartilhadas por determinados indivíduos, frutos da combinação de cromossomos, que determinam um DNA partilhado. Tem-se que o exame de DNA é ferramenta técnica de extrema relevância para o Direito Civil. A identificação da ascendência biológica com mais de 90% (noventa por cento) de chance de correção acaba sendo uma das principais descobertas científicas a deixar seguros os julgadores de família. Se antes, havia necessidade de comprovar as circunstâncias de serem vistos juntos, namorando, etc., nos dias atuais, esta prova não mais tem relevância, pois, como afirmam os próprios julgados, o exame de DNA apresenta certeza de filiação²⁴⁰.

De outra banda, o artigo 227 da Constituição Federal, em seu parágrafo 6º, preceitua a igualdade havida entre filhos, do que decorre o maior prestígio conferido às relações de filiação, derivadas da consanguinidade ou não. De fato, não há dispositivo legal expresso no tocante ao conceito e alcance da parentalidade socioafetiva, no entanto não podemos olvidar que o já dito, artigo 1.593 do Código Civil trata da

²⁴⁰ CARDOSO, Simone Tassinari. Notas sobre parentalidade biológica e socioafetiva: do direito civil moderno ao contemporâneo. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Cardoso-civilistica-com-a.5.n.2.2016.pdf>. Acesso: 23/07/2019

veiculação de laços afetivos, quando se refere ao parentesco natural ou civil, este que resultar “de outra origem”. Desta forma, é possível inferir tratar-se da parentalidade socioafetiva.

O reconhecimento desta chamada “parentalidade socioafetiva” esbarra na concretude oferecida pelo DNA. Embora não dotada de técnicas e engenhos para conferir-lhe, cientificamente, quase 100% (cem por cento) de garantia de filiação, a parentalidade retro mencionada é formada pela junção dos vínculos de amor, afeto, parceria, suporte (moral e financeiro), além de constância nas relações através dela travadas. A verdade afetiva construída pelas relações humanas alia-se à verdade biológica, com não menos certeza ou realidade.

Contudo, a existência dessa nova forma de parentalidade acaba por estremecer o sistema exato e único do parentesco derivado e confirmado via DNA, eis que nega esta técnica como verdade única, além de implicar em consequências nos âmbitos patrimoniais, sucessórios e previdenciários.

Assim, mister se faz indagarmos: a parentalidade socioafetiva surgiu de uma construção conjunta de doutrina, jurisprudência e sociedade para infirmar a parentalidade biológica ou para com ela conviver e somar-se na formação de uma maior gama de vínculos familiares? Há prevalência de uma ou simultaneidade de ambas nas relações de parentesco?

2.1 Parentalidade Biológica X Afetiva: Prevalência ou Concomitância?

Consoante acima observado, a parentalidade sofreu mutação ao longo da evolução social, a fim de ampliar seus horizontes para além do fator sanguíneo, considerando-se, também, a relação emocional travada entre os membros de um mesmo núcleo familiar. Em que não expressamente positivada, a parentalidade afetiva ganhou contornos e forma densa na doutrina e jurisprudência, que, atualmente, quando diante delitígios ou conflitos envolvendo relações de parentesco, não deixa de analisar a relação pessoal travada entre os envolvidos.

A questão é de tamanha controvérsia entre os tribunais pátrios, que interessa destacar aqui dados coletado em pesquisa realizada dentre as decisões ao longo do país, cujo resultado demonstrou que foi encontrado com uma disparidade muito significativa entre os Tribunais. Enquanto no Rio de Janeiro apenas 22,33% das decisões entendia que o tema da socioafetividade tinha densidade suficiente para figurar nos argumentos

de julgar, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul 95% das decisões assim entendeu. Ou seja, somente 5% das decisões não colocou o tema em debate²⁴¹.

De acordo com os dados coletados tem-se que em apenas 22,33% das decisões o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconhece a existência do instituto da socioafetividade, pois o coloca em discussão, entretanto, somente reconhece privilégio desta sobre o vínculo do biológico em 4,47%. Já no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 55,78% das decisões privilegiaram a socioafetividade em detrimento da paternidade biológica e em 95% das decisões reconhece a juridicidade da paternidade socioafetiva²⁴².

No STJ, é possível identificar o privilégio da realidade socioafetiva sobre a realidade do vínculo biológico. Em 76% das decisões houve reconhecimento e/ou preservação do vínculo socioafetivo frente ao vínculo biológico. Em sentido oposto, apenas 23% reconheceram a preponderância do vínculo biológico²⁴³.

Partindo das estáticas acima delineadas vemos que há, ainda, um apego à chamada verdade real, oriunda do parentesco biológico, confirmado pela técnica do DNA, o qual deixa estremes de dúvidas sobre os vínculos que ligam os envolvidos na relação parental. No entanto, em decisões de vanguarda das Cortes, como a sulista, e a própria Corte Cidadã, demonstram sua tendência ao acolhimento cada vez maior da socioafetividade como fator de equilíbrio a considerar na *ratio decidendi* dos conflitos apresentados, optando-se por aquela, sob o pálio da dignidade da pessoa humana, em detrimento da cientificidade da origem biológica.

Nesse prumo, não se pode descurar do Princípio do Superior Interesse da Criação e do Adolescente, um dos vetores a guiar o julgador afeto à lides desse cunho, conforme previsto nos artigos 3º e 4º da Lei 8.069/90. Possuindo a criança e/ou adolescente discernimento suficiente, obrigatoriamente, deve o julgador considerar sua preferência e opinião, nos termos do aludido Princípio combinado aos parágrafos 1º e 2º do artigo 28 do Estatuto Menorista.

Cumpre atentarmos aqui para uma evolução ocorrida também no campo do Direito da Criança e do Adolescente, o qual antes fora regido pelo Código Melo Matos, de 1927, após pela Doutrina do Menor Irregular, de 1979, ambos enxergando o menor como objeto de direitos, subdividido em menor carente, menor abandonado e diversões públicas. Não havia distinção entre criança e adolescente, bem como era ausente a obediência aos direitos fundamentais deste. O Estatuto da Criança e do Adolescente de

241 Cf. CARDOSO, Simone Tassinari. Op.Cit.,p.14

242 Id.

243 Cf. CARDOSO, Simone Tassinari. Op.Cit.,p.22.

1990 perfilha a Doutrina da Proteção Integral, pela qual há o reconhecimento de direito especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes, refletindo a chamada “prioridade absoluta”.

Neste cenário, é nítida a preferência a ser conferida à palavra do infante quando divergente daquela externada por seus genitores, biológicos ou não. Mais uma vez, o vínculo consanguíneo perde força diante do sentimento gerado pela criança/adolescente ante aquele que avista como sendo seu real pai/mãe, independentemente de quem o gerou.

Tanto é assim, que é possível a adoção *post mortem* de indivíduo, desde que comprovada a existência de vínculos anteriores, a inequívoca manifestação da vontade de adotar, o trato do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. A Ministra Nancy Andrichi traça um comparativo entre a comprovação dos requisitos ensejadores da adoção póstuma e a filiação socioafetiva, no trecho abaixo transcrito:

“Vigem aqui, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. O pedido judicial de adoção, antes do óbito, apenas selaria com o manto da certeza, qualquer debate que porventura pudesse existir em relação à vontade do adotante. Sua ausência, porém, não impede o reconhecimento, no plano substancial, do desejo de adotar, mas apenas remete para uma perquirição quanto à efetiva intenção do possível adotante em relação ao recorrido/adotado²⁴⁴”.

Nessa linha, ilustramos com jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Sant Catarina sobre o Princípio do Melhor Interesse do Menor em disputa de guarda:

“Ementa: PATERNIDADE SOCIOAFETIVA – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – MANTENÇA DA GUARDA COM O CASAL QUE VEM CRIANDO A MENOR – ARTIGOS 6º E 33 DO ECA – PEDIDO INICIAL PARCIALMENTE PROCEDENTE – ÔNUS SUCUMBENCIAIS MODIFICADOS – RECURSO PROVIDO.

244 6 STJ. Recurso Especial: REsp 1.217.415-RS, 3ª Turma., Relatora Min. Nancy Andrichi, julgado em 19/6/2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 24/07/2019.

Tendo como foco a paternidade socioafetiva, bem como os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do melhor interesse do menor, cabe inquirir qual bem jurídico merece ser protegido em detrimento do outro: o direito do pai biológico que pugna pela guarda da filha, cuja conduta, durante mais de três anos, foi de inércia, ou a integridade psicológica da menor, para quem a retirada do seio de seu lar, dos cuidados de quem ela considera pais, equivaleria à morte dos mesmos. Não se busca legitimar a reprovável conduta daqueles que,

mesmo justificados por sentimentos nobres como o amor, perpetram inverdades, nem se quer menosprezar a vontade do pai biológico em ver sob sua guarda criança cujo sangue é composto também do seu. Mas, tendo como prisma a integridade psicológica da menor, não se pode entender como justa e razoável sua retirada de lugar que considera seu lar e com pessoas que considera seus pais, lá criada desde os primeiros dias de vida, como medida protetiva ao direito daquele que, nada obstante tenha emprestado à criança seus dados genéticos, contribuiu decisivamente para a consolidação dos laços afetivos supra referidos²⁴⁵”.

No que se refere ao questionamento feito na problemática trazida no início deste trabalho, tem-se que a jurisprudência caminha, no sentido de que diante de conflitos entre as filiações biológicas e socioafetiva, venha esta a prevalecer, consoante se verifica *in verbis*.

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POSSE DE ESTADO DE FILHA- EFEITOS JURÍDICOS- INGERÊNCIA DO ESTADO NA VONTADE DO CIDADÃO-DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE- ADOÇÃO- GARANTIA CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE ENTRE OS FILHOS- NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. O Estado não pode contrariar a vontade do cidadão, já falecido, que teve a oportunidade de adotar a autora e não o fez, preferindo apenas cumprir com as obrigações do pátrio poder que lhe foi outorgado judicialmente pela mãe biológica, função que exerceu com brilhantismo. (TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível

245 BRASIL. TJSC, AC 2005-042066-1, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 1-6-2006. Desenvolvido pelo TJSC. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/>. Acesso em: 24/07/2019

nº 10000.00.339934-2/00, Rel. Des. Sérgio Braga, J. 13/11/2003)246.”

Nesse íterim, cumpre consignar declaração exarada pela Presidente da Organização Governamental Aconchego, que amolda-se ,com perfeição, à controvérsia esmiuçada no presente trabalho:

“Uma criança que tem o pai biológico, os pais se separaram a mãe se casa novamente, este novo companheiro ajuda a criá-lo e pode assumir um papel de pai. O que é importante é que a multiparentalidade deve ser mais baseada nos laços sentimentais do que no papel. O mecanismo é apenas para solidificar a relação²⁴⁷”.

Similarmente, ao julgado acima, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba manteve sentença e garantiu que a madrasta fique com a guarda do filho do seu ex-marido. De acordo com o relator do caso, Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, o juiz tem o poder de conceder a guarda até para pessoas que não sejam os pais biológicos, levando sempre em conta as relações de afinidade e afetividade, como prevê o artigo 1.584 do Código Civil.²⁴⁸ Nesta esteira, carreamos aqui trecho das ponderações feitas pelo Eminentíssimo Relator, que servem de embasamento à tese ora defendida:

“Muito embora o menor não tenha sido gerado pela requerente, inexistindo, portanto, cordão umbilical do seu ventre com a criança, a própria vida se encarregou de lhe dar aquele cordão, surgindo o vínculo no dia a dia, afetiva e efetivamente, fortalecido na transmissão de convivência, segurança, carinho, acompanhamento, responsabilidade, renúncia e, acima de tudo, verdadeiro amor maternal²⁴⁹”.

246 BRASIL. TJMG. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 10000.00.339934-2/00. Rel. Des. Sérgio Braga, J. 13/11/2003. Desenvolvido pelo TJMG. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br/>>. Acesso em: 23/07/2019

247 <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/07/22/interna-brasil,696528/conceito-de-multiparentalidade-avanca-e-atesta-juridicamente-laco-fami.shtml>. Acesso em: 24/07/2019.

248 <https://www.conjur.com.br/2012-ago-05/justica-concede-madrasta-guarda-filho-ex-marido>. Acesso em: 24/07/2019.

249 BRASIL.TJPB.4ª Câmara Cível nº 200.2010.003876-5/001. Rel. Des. Frederico Martinho de Nóbrega Coutinho. Desenvolvido pelo TJPB. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ac-2002010003876-001-gf1-madrasta1.pdf>. Acesso em: 24/07/2019.

Ocorre que, em verdade, não há vencedores ou perdedores em litígios como o apreciado neste trabalho, eis que decidindo o julgador pela manutenção de um ou outro vínculo, a jurisprudência reconhece os malefícios que adviriam do rompimento abrupto da convivência entre o infante e seu pai, independente da origem da filiação. No ponto, trazemos ementa de julgado que prestigia o direito de visitas do pai socioafetivo, cuja solução pode ser enquadrada ao caso em testilha:

“AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO SÓCIO- AFETIVO - PEDIDO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - PATERNIDADE SOCIOAFETIVA - POSSIBILIDADE.- Com base no princípio do melhor interesse da criança e no novo conceito eudemonista socioafetivo de família consagrado pela Constituição Federal de 1988, o direito de visita, que anteriormente era concebido apenas a quem detinha a guarda ou o poder familiar da criança, deve ser estendido a outras pessoas que com ela possuam relação de amor, carinho e afeto. Assim, considerando que o requerente conviveu com o requerido, menor de idade, durante cinco preciosos anos de sua vida, como se seu pai fosse, não se pode negar o vínculo sócioafetivo que os une, advindo daí a fundamentação para o pedido de visita.”²⁵⁰

O julgado acima demonstra uma reunião do direito de preservação dos vínculos de afinidade construídos ao longo do período de convivência entre o considerado pai e o menor, permitindo o direito à visitação e participação na rotina do infante, nos moldes ditados pelos artigos 1.589, parágrafo único, e 1.596, ambos do Código Civil.

Ao arremate, diante da existência de diversas demandas em curso sobre a matéria aqui tratada, o Supremo Tribunal Federal, na esteira do julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 e da análise da Repercussão Geral 622, proferiu julgado emblemático sobre a temática, ao fixar a seguinte tese:

“A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios²⁵¹”.

250 BRASIL. TJMG. 1ª Câmara Cível nº 1.0024.07.803449-3/001. Rel. Des. Eduardo Andrade. Julgada 31/01/2009. Desenvolvido pelo TJMG. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br/>>. Acesso em: 23/07/2019.

251 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 692186 RG / PB. In: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28898060%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y67cu3gv>. Temas Repercussão Geral. Acesso em: 23/07/2019.

Em análise do tema trazido à Suprema Corte, esta aderiu a oportunidade e firmou os seguintes entendimentos: reconheceu o instituto da paternidade socioafetiva mesmo à falta de registro – tema que ainda encontrava resistência em parte da doutrina de direito de família –; afirmou que a paternidade socioafetiva não representa uma paternidade de segunda categoria diante da paternidade biológica; e abriu as portas do sistema jurídico brasileiro para a chamada “multiparentalidade”.

Nesse sentido, a Corte Constitucional do país não ignora a realidade que vivenciam os cidadãos, acolhendo todas as diferentes formas de família que já existem na prática e que não se enquadram nos modelos positivados em nossas leis e códigos. A tese aprovada na análise da Repercussão Geral 622 representa um avanço ciente e profundo rumo à consagração de um direito de família, efetivamente plural e democrático no Brasil. Tem-se, aqui, portanto, mais uma ilustração do Direito Civil Constitucional.

2.2 Multiparentalidade: existência, contornos e impactos

A existência da multiparentalidade ganhou contornos nacionais e difundidos por toda a sociedade, dadas às mudanças perpassadas pela comunidade em sua evolução.

Para além do instituto da adoção supra tratado, situações de registros simultâneos de mais dois pais ou duas mães trazem complexidade e discussões jurídicas que desembarcam no instituto da multiparentalidade. É inegável, diante do contexto já traçado tanto doutrinariamente quanto jurisprudencialmente, que alguém possa ter mais de um pai ou mãe sem que haja hierarquização entre a origem do vínculo que os une à criança ou adolescente.

Reconhecida a presença da posse de estado de filho com mais de duas pessoas, todos devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, da forma como preceitua o Enunciado nº 9 do IBDFAM: “*A multiparentalidade gera efeitos jurídicos*”²⁵². Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos ou apenas afetivos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, em atenção à primazia do melhor interesse do menor e da proteção integral, inerentes aos sujeitos de direitos envolvidos.

Tais considerações apresentam-se como imprescindíveis para a compreensão da multiparentalidade, no sentido de ampliação do que se entende por entidade familiar e todos os seus desdobramentos. A perspectiva centrada em princípios surge como

²⁵² <http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 24/07/2019.

premissa do Direito de Família contemporâneo, inserido no fenômeno de funcionalização do Direito, e corolário do Direito Civil Constitucional.

Todavia, se traçado um paralelo cronológico temos que em um primeiro momento a reação dos tribunais brasileiros foi no sentido de inadmitir a multiparentalidade, como no caso do julgado da Apelação Cível nº 70027112192 TJRS, de 2009, cujo fundamento fora a impossibilidade jurídica do pedido do autor de ser reconhecida paternidade socioafetiva sem afastar o liame parental em relação ao pai biológico, afirmando que "ninguém poderá ser filho de dois pais".

Posteriormente, na medida em que a parentalidade socioafetiva foi ampliando seu alcance e se inserindo, cada vez mais, nas formações dos núcleos familiares, o mesmo Tribunal sulista, optou pela sua predominância, como já explicitado alhures, o que ora se reitera com a Apelação Cível nº 70017530965, de 2007, na qual *"uma vez que, ao prevalecer a paternidade socioafetiva, ela apaga a paternidade biológica, não podendo coexistir duas paternidades para a mesma pessoa"*. 253

Em arremate, no terceiro momento evolucionar denota-se que o Tribunal do Rio Grande do Sul, que outrora fora um dos primeiros a contrariar a ideia de uma família multiconstituída, acabou sendo o pioneiro no julgamento colegiado, admitindo a multiparentalidade:

"DECLARATÓRIA DE MULTIPARENTALIDADE. REGISTRO CIVIL. DUPLA MATERNIDADE E PATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO DESDE LOGO DO MÉRITO. APLICAÇÃO ARTIGO 515, § 3º DO CPC. A ausência de lei para regência de novos - e cada vez mais ocorrentes - fatos sociais decorrentes das instituições familiares, não é indicador necessário de impossibilidade jurídica do pedido. É que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Caso em que se desconstitui a sentença que indeferiu a petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido e desde logo se enfrenta o mérito, fulcro no artigo 515, § 3º do CPC. Dito isso, a aplicação dos princípios da "legalidade", "tipicidade" e "especialidade", que norteiam os "Registros Públicos", com legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes, notadamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma

253 BRASIL. TJRS, Apelação Cível nº 70017530965, Rel. Des. José S. Trindade, j. em 28.06.2007.

de discriminação (artigo 3, IV da CF/88), bem como a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6º, CF), "objetivos e princípios fundamentais" decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, há que se julgar a pretensão da parte, a partir da interpretação sistemática conjunta com demais princípios infra-constitucionais, tal como a doutrina da proteção integral o do princípio do melhor interesse do menor, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação de vínculo familiar. Caso em que no plano fático, é flagrante o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto, entre o casal formado pelas mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da "multiparentalidade", com a publicidade decorrente do registro público de nascimento. Deram provimento. (TJRS, AC 70062692876, 8ª Câmara Cível, Rel. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12/02/2015) 254".

Em junção aos três momentos acima perpassados pela (im)possibilidade de reconhecimento de multiparentalidade, imperioso expor aqui recente decisão, da Terceira Turma do STJ, julgamento em 14/05/2019, que entendeu ser possível a inclusão de dupla paternidade no registro de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida heteróloga e com gestação por substituição, não configurando violação ao instituto da adoção unilateral.

Na reprodução assistida heteróloga ocorre a doação, por terceiro anônimo, de material biológico, ou há a doação de embrião por casal anônimo, podendo ser unilateral (material genético de um doador) ou bilateral (material genético de dois doadores ou doação de embrião). No caso concreto, trata-se de reprodução assistida entre irmã, doadora, e pai biológico, com companheiro estável (irmão da doadora) em união homoafetiva. Assim, entendeu-se pela possibilidade do registro com dois pais, dupla paternidade, porquanto na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante, prestigiando, assim, a paternidade socioafetiva. Transcrevemos, abaixo, trecho

254 BRASIL. TJRS, AC 70062692876, 8ª Câmara Cível, Rel. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12/02/2015. Acesso em 24/07/2019.

elucidativo utilizado para o deslinde do caso tratado pela Corta Cidadã, que corrobora a linha de pensamento aqui defendida:

“[...]O conceito legal de parentesco e filiação tem sido objeto de grandes transformações diante da nova realidade fática, em especial, das técnicas de reprodução assistida e da parentalidade socioafetiva, impondo, assim, ao intérprete da lei uma nova leitura do preceito legal contido no artigo 1.593 do Código Civil de 2002, especialmente da parte final do seu enunciado normativo, *verbis*: o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem. Dessa forma, a reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito "ou outra origem". Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento RE 898.060/SC, enfrentou, em sede de repercussão geral, os efeitos da paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, permitindo implicitamente o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseada na origem biológica.”²⁵⁵

Em vista do acima exposto, percebemos que a hipótese de multiparentalidade, apesar de ter considerável número de decisões favoráveis que as lhe concedam, ainda não é unanimemente aceita pelos juristas brasileiros. Contudo, devemos levar em conta que o instituto em si é recente e ainda explorado no campo jurídico e social, de modo que podemos crer em um aumento no número de julgados reconhecendo essa situação jurídica multiparental nos anos vindouros.

Diante das jurisprudências ora colacionadas, fora possível identificar três momentos que se sucedem em direção ao reconhecimento da multiparentalidade, quais sejam: a impossibilidade jurídica do pedido, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica, e o reconhecimento da igualdade entre ambas, o que finalmente é identificado como o fundamento para a multiparentalidade. Destacamos que estas três posições não são linearmente adotadas pelos Tribunais, como estatisticamente apontado, mas que indicam uma transição de perspectiva neste sentido.

2.3 Resolução do Caso Proposto: direitos do ex-marido relativos ao filho da ex-mulher

255 BRASIL. Stj. Recurso Especial: REsp 1.608.005-SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22DUPLA+PATERNIDADE%22&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso:09/08/2019.

À vista das considerações tecidas acima, e dos argumentos prós e contras no tocante ao envolvimento de terceiro, que não guarda laços de consanguinidade com o infante, cujo vínculo familiar é unilateral por parte da mãe biológica, aderimos ao posicionamento de que devem prevalecer os laços de afinidade, que entrelaçam adulto (ex padastro) e o menor.

Insta verificar que o próprio enunciado do caso é taxativo ao mencionar que Jorge tratava Lucas como se seu filho fosse, não lhe faltando com amparo moral ou material. Nisso se completam os argumentos elencados nos tópicos supra sobre a conceituação de socioafetividade e a possibilidade, inclusive, de adoção póstuma, ante a manifestação de vontade alinhada à notoriedade do vínculo afetivo que os unia.

De mais a mais, não são dados indícios de quaisquer maus tratos, castigo, ou comportamento desviante da moral e bons costumes por parte de Jorge, que, como dito no enunciado da questão exposta, ao longo de 07 (sete) anos de casamento com Maria, não mais fez do que orientar, ajudar na criação e ofertar um lar completo à Lucas.

Entendemos, pois, que privar Lucas da presença de Jorge, nisso incluído o direito de visita e apontamentos sobre seu futuro, culminaria por causar um dano ao menor, que perpassaria pelos estágios de desenvolvimento da vida sem uma figura que aprópria criança lhe confere importância.

Não estamos, de maneira alguma, a limar ou restringir os direitos inerentes à Maria (mãe de Lucas) e Alberto (pai biológico de Lucas), este último, que, da mesma forma que Jorge, permaneceu pendente de todas as necessidades do menor, adimplindo com seus gastos e ofertando-lhe apoio moral. Vemos, portanto, que todos os três adultos envolvidos na vida de Lucas são aptos à nela permanecer e gerir, sem implicar danos ao menor.

Não há denominação mais apropriada que o conceito de “multiparentalidade” para designar tal situação fática, que embora aqui fictícia, constituía a realidade crescente de milhares de adultos e crianças brasileiras. Defendemos que situações como a ora retratada se possa solucionar sempre sob a ótica mais favorável à criança/adolescente, parte mais vulnerável na relação, como a que aqui se apresenta e se entende por procedente o desejo de Jorge.

Ao invés de traçarmos linhas divisórias entre biologia e emoção, ciência e sentimento, positivismo e subjetivismo, optamos por conferir a solução que conjuga todos esses elementos em direção à efetivação do objetivo preconizado pelo inciso IV do artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil. *In verbis*:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]”

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹⁷”.

Por fim, asseveramos que o direito de Jorge, aqui defendido, não deve vir descurado das implicações patrimoniais, sucessórias e previdenciárias que o trato de Lucas como se seu filho fosse acarretam, haja vista que o papel de pai, comporta direitos e obrigações familiares. Sem estas, Jorge não se portaria como verdadeiro pai afetivo, porém apenas tiraria vantagem da situação sob seu lado positivo e descompromissado, o que não se admite por questões morais, por ausência de respaldo legal ou jurisprudencial, e, em especial, por isso, vir a causar danos em Lucas.

3. CONCLUSÃO

Devemos ter em mente que, pai ou mãe não são conceitos retirados apenas da ascendência genética, eis que gerar consiste em dar a vida, porém, criar cinge-se a inculcar valores, princípios e sentimentos no indivíduo, para que lhe seja possível viver com dignidade em sociedade. Portanto, há significativa diferença entre ser pai/mãe (vínculo afetivo) e genitor (vínculo biológico).

A multiparentalidade é sim uma nova forma de associação familiar que desbravou caminhos inimagináveis até décadas atrás, porém, que é factível atualmente e já reconhecida. Diversas são suas repercussões, como alhures visto, tanto no campo jurídico, quanto no social, além do psicológico dos envolvidos. No entanto, não por isso deixe de ser um grande passo no reconhecimento das relações íntimas de afeto entre as pessoas que se juntam e cuidam por vontade, não por dever legal ou imposição judicial.

Reiteramos o já dito que não há prevalência, de forma alguma, entre a parentalidade biológica e a socioafetiva, eis que sopesá-las e promover o afastamento de uma delas resultaria em retrocesso aos direitos fundamentais que se visa assegurar. Demais disso, não havendo argumentos certos e fundados de mal causado ao infante pelo convívio com mais de um pai e/ou mãe, devemos prestigiar o interesse espontâneo daqueles que querem contribuir para educação, criação e sustento daquele, sem esperar nada em troca. Isso comprova o significado do amor parental: dar sem receber.

Em reforço, temos nas palavras da civilista MARIA BERENICE DIAS, argumento capaz de enfraquecer àqueles que lutam contra a existência da multiparentalidade e, indiretamente, a favor de uma ausência de deveres e obrigações jurídicas que dos que usufruem dos direitos dela decorrentes:

“Não impor deveres e não cobrar o cumprimento de obrigações a quem exerce funções parentais é fomentar a irresponsabilidade em nome de um bem que nem se sabe bem qual seria”.²⁵⁶

Encerramos assim que, face ao estudo de caso proposto, cuja resolução se objetivou conceber com o presente trabalho, que a parentalidade socioafetiva posiciona-se em igualdade frente à biológica, sem filiar-mos a quaisquer das correntes que defendem pela sobreposição de uma ou outra. Da mesma forma que o direito ao reconhecimento da origem biológica é positivado em lei e um dos atributos dos direitos da personalidade, a garantia de convívio e manutenção dos laços afetivos criados entre parentes que o são ou já o foram, também constitui uma ramificação dos direitos fundamentais, inerente ao crescimento feliz e saudável, rodeada o infante por aqueles com quem se afeiçoou.

Desta feita, respeitadas as vozes em contrário, e ciente da jurisprudência oscilante sobre os diversos casos análogos ao que se ora se apresenta neste estudo, ratificamos o entendimento de que Jorge detém o direito à visitação e participação na vida de Lucas, em virtude do liame afetivo que os une.

À guisa de conclusão, embora já lançado nosso posicionamento sobre a solução esboçada a ser conferida ao caso concreto, não fechamos os olhos para a realidade que circunda situações como esta aqui esposada. De tal maneira, defendemos, igualmente, que a multiparentalidade e a parentalidade socioafetiva ampliem seus horizontes, através de novos levantamentos de estatísticas, estudos de casos nas diversas camadas sociais, e, inclusive e principalmente, na edição de uma legislação regulamentadora de tais institutos.

Desse modo, a defesa, quando por tais institutos, fundamentada, não se restringirá somente às regras ordinárias de experiências do julgador e/ou oitiva do menor envolvido, fatores que merecem consideração, mas também na força normativa conferida pelo texto legal em harmonia com o texto constitucional, em um verdadeiro exemplo do efeito integrador dos direitos constitucionais fundamentais.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

¹⁸ DIAS, Maria Berenice; Oppermann, Marta Cauduro. Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\)MULTIPARENTALIDADE_____Berenice_e_Marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDADE_____Berenice_e_Marta.pdf). Acesso em: 24/07/2019.

CARDOSO, Simone Tassinari. **Notas sobre parentalidade biológica e socioafetiva: do direito civil moderno ao contemporâneo.** Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Cardoso-civilistica-com-a.5.n.2.2016.pdf>. Acesso: 23/07/2019

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial: RESp 1.217.415-RS, 3ª Turma., Relat.: Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/6/2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 24/07/2019

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, AC 2005-042066-1, Rel.Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 1-6-2006. Desenvolvido pelo TJSC. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/>. Acesso em: 24/07/2019

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** 8ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 10000.00.339934-2/00. Rel. Des. Sérgio Braga, J. 13/11/2003. Desenvolvido pelo TJMG. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/>. Acesso em: 23/07/2019

<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/07/22/interna-brasil,696528/conceito-de-multiparentalidade-avanca-e-atesta-juridicamente-laco-fami.shtml>. Acesso em: 24/07/2019.

<https://www.conjur.com.br/2012-ago-05/justica-concede-madrasta-guarda-filho-ex-marido>. Acesso em: 24/07/2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça da Paraíba.** 4ª Câmara Cível nº 200.2010.003876-5/001. Rel. Des. Frederico Martinho de Nóbrega Coutinho. Desenvolvido pelo TJPB. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ac-2002010003876-001-gf1-madrasta1.pdf>. Acesso em: 24/07/2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** 1ª Câmara Cível nº 1.0024.07.803449-3/001. Rel. Des. Eduardo Andrade. Julgada 31/01/2009. Desenvolvido pelo TJMG. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/>. Acesso em: 23/07/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** ARE 692186 RG / PB. In: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28898060%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y67cu3gv>. Temas Repercussão Geral. Acesso em: 23/07/2019.

<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 24/07/2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, Apelação Cível nº 70017530965, Rel. Des. José S. Trindade, j. em 28.06.2007. Acesso: 24/07/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial: REsp 1.608.005-SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22D+UPLA+PATERNIDADE%22&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 09/08/2019

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, AC 70062692876, 8ª Câmara Cível, Rel. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12/02/2015. Acesso em 24/07/2019.

DIAS, Maria Berenice; Oppermann, Marta Cauduro. **Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir**. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\)MULTIPARENTALIDADE DE Berenice_e_Marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDADE DE Berenice_e_Marta.pdf). Acesso em: 24/07/2019.

BRASIL, Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

ASPECTOS TRABALHISTAS NO ÂMBITO DO MERCOSUL

LEONARDO SALLES MOREIRA:
graduandos em Direito pela
Universidade Federal do
Amazonas²⁵⁷.

KEVIN AGNER RAMOS GUEDES

(coautor)

ADRIANO FERNANDES FERREIRA²⁵⁸

(orientador)

RESUMO: O Mercosul, bloco econômico fundado em 1991, objetivava aproximar as relações econômicas e a uniformização de direitos e garantias fundamentais entre os Estados-membros. A intensificação das trocas comerciais que fomentaria as relações trabalhistas gerou a necessidade de criação de diretrizes a serem seguidas pelos membros desta organização, resultando na Declaração Sociolaboral do Mercosul, assinada em 1998 e revisada em 2015. Entretanto, por não possuir natureza vinculante, mesmo com os esforços, a declaração continua com natureza meramente norteadora, acarretando diferenças nos aspectos trabalhistas nos Estados-membros do Mercosul. Desta forma, o objetivo deste texto é examinar as legislações trabalhistas dos países, mostrando suas similaridades e peculiaridades, tanto no ordenamento constitucional, quanto no infraconstitucional, através do método jurídico-comparativo.

Palavras-chave: Legislação Trabalhista; Mercosul; Direito do Trabalho; Bloco econômico; Direito Internacional.

ABSTRACT: Mercosur, an economic bloc founded in 1991, aimed to bring economic relations closer and standardize fundamental rights and guarantees among member states. The intensification of commercial exchanges that would foster labor relations generated the need to create guidelines to be followed by the members of this organization, resulting in the Mercosur Socio-Labor Declaration, signed in 1998 and revised in 2015. However, as it is not binding, despite the efforts, the declaration continues with a merely guiding nature,

257 Contato: leo.sallesmoreira@gmail.com

²⁵⁸ Pós-Doutor em Direito Pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha (2019). Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilha la Mancha, na Espanha (2014). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2005). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (2001). Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFAM. Adrianofernandes3@hotmail.com

resulting in differences in labor aspects in the Mercosur member states. In this way, the objective of this text is to examine the labor laws of the countries, showing their similarities and peculiarities, both in the constitutional order and in the infra constitutional order, through the legal-comparative method.

Keywords: Labor Legislation; Mercosur; Labor Law; Economic block; International Law.

1 INTRODUÇÃO

A trajetória do capitalismo pode ser dividida em três fases: a das navegações, a da industrialização e a da globalização. As grandes navegações do século XV e XVI são responsáveis pela expansão geográfica do capitalismo pelo mundo além das fronteiras tradicionalmente conhecidas, formando um sistema inédito de produção e consumo de mercadorias. Já o capitalismo industrial desenvolveu tecnologias que aumentaram a produção e a produtividade do trabalho humano, criando uma nova divisão mundial do trabalho. Por fim, o atual capitalismo globalizado mostra sua força através do domínio de corporações no campo produtivo, financeiro e comercial através de redes que controlam o mercado-mundo.

Com o avanço da globalização e as relações internacionais cada vez mais intensificadas, muitos países sentiram a necessidade de estabelecer compromissos econômicos entre si, buscando proteger e fortalecer suas economias através de diversos mecanismos como a redução ou eliminação de impostos, zonas de livre comércio, livre circulação de pessoas e até a criação de uma moeda única. Neste contexto, a experiência mais exitosa até hoje foi a vivenciada pelos europeus. A União Europeia iniciou-se como uma entidade econômica setorial simples chamada CECA (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço) em 1951 que posteriormente foi expandida como Comunidade Econômica Europeia até atingir o patamar atual que ultrapassa as questões econômicas e reflete também em aspectos políticos e culturais.

O sucesso do modelo implementado no velho continente influenciou a formação de diversos outros blocos econômicos distintos entre si como o NAFTA (Tratado Norte-Americano de Livre Comércio) na América do Norte e a ASEAN (Associação de Nações do Sudeste Asiático) na Ásia. Na América do Sul não foi diferente, com a aproximação de suas nações, o desejo pela manutenção da democracia e anseio pelo desenvolvimento econômico, as conversas sobre a criação de um Mercado Comum do Sul despontaram já na década de 80 entre a Argentina e o Brasil.

Desta forma, após intensas negociações, o Tratado de Assunção foi assinado entre a Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai com o intuito de criar um mercado comum entre os países signatários, popularmente conhecido como Mercosul. Composto por membros

plenos e estados associados, o Mercosul possui como principal pilar o econômico mas também com forte apelo para o pilar social para o alcance da integração desejada pelos membros.

Os mais significativos marcos normativos do bloco econômico que visa a promoção da harmonização dos direitos sociais é a Declaração Sociolaboral do Mercosul e o Acordo Multilateral de Seguridade Social. Mesmo com suas singularidades, tais acordos demonstram como os Estados-Partes se preocupam com a sedimentação jurídica institucional de preceitos de ordem fundamental relativos ao trabalhador. Destarte, o artigo visa apresentar como o ordenamento jurídico de cada Estado aborda os direitos e garantias fundamentais do trabalhador e sua efetivação de acordo com as disposições que o Mercado Comum do Sul objetiva.

2 DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL DO MERCOSUL

Constituído em 26 de março de 1991, através do Tratado de Assunção, o Mercosul apresentou, de modo geral, os seguintes objetivos em seu Artigo I: (a) A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; (b) O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; (c) A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegárias, de transporte e comunicações e outras que se acordem, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes, e; (d) O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

Dessa maneira, ficou evidente o foco central do Bloco no dia de sua fundação: o aspecto econômico e desenvolvimentista voltado aos Estados-membros. Diante disso, como forma de tratar acerca de temas voltados aos direitos sociais, no dia 10 de dezembro de 1998 foi assinada a Declaração Sociolaboral do Mercosul: um tratado internacional criado pelos Estados vinculados ao Mercado Comum do Sul durante reunião semestral do Conselho do Mercado Comum, no Rio de Janeiro, sendo posteriormente revisado no dia 17 de julho de 2015.

O documento, de maneira objetiva, mostra o compromisso dos Estados Parte em firmar direitos que foram outrora ignorados pelo Tratado de Assunção, tais como a garantia de direitos laborais e bem-estar social por intermédio de pautas que priorizaram o trabalhador, evidenciando um interesse além do econômico por parte do Bloco.

Se no Tratado de Assunção o trabalhador é representado implicitamente como fator produtivo de livre circulação (artigo 1, a) na Declaração Sociolaboral do Mercosul ele é dotado de direitos que visam fomentar seu bem-estar no âmbito laboral tanto em seu país quanto em outros. Arelado a isso, é objetivado também o desenvolvimento na região através do estímulo à criação de empresas sustentáveis.

Dividido em três partes (Direitos Individuais, Direitos Coletivos e Outros Direitos), o texto faz claras relações com as convenções da OIT com o objetivo de oferecer vias conjuntas entre o progresso social e o progresso econômico. Seus princípios gerais, voltados à promoção de trabalho decente e empresas sustentáveis definem a adoção de valores como elevar a condição de vida de seus cidadãos e a geração de empregos produtivos.

A partir dos Direitos Individuais, o texto aborda sobre: (a) não discriminação (art. 4º); (b) igualdade de oportunidade entre homens e mulheres (art 5º); – artigos iniciais baseados principalmente na convenção nº 111, de 1958, da OIT – (c) Igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores com deficiência (art. 6º); (d) Trabalhadores migrantes e fronteiriços – baseado na convenção nº 143, de 1975, da OIT. – (art. 7º); (e) Eliminação do trabalho forçado ou obrigatório (art. 8º); (f) Prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção ao trabalhador adolescente (art. 9º).

Em sua primeira parte, evidencia-se uma clara mensagem da parte dos Ministros do Trabalho que compõe os Estados-Parte do Mercosul, de que o desenvolvimento regional e a integração entre os países do Bloco não devem se ater ao âmbito comercial, mas englobar a questão social que abraça desde os termos que regulam a esfera trabalhista às novas realidades trazidas pela integração e os processos vindouros da globalização.

A partir dos artigos 10 ao 15, são abordados direitos que envolvem diretamente empregador e empregado, facultando a cada empregador o direito de dirigir e organizar suas empresas, subordinados à legislação de cada Estado-Parte. Ainda, direitos básicos sociais encontrados na Constituição Federal/88 como os direitos à remuneração, férias, licença e tempo de jornada são trabalhados na Declaração.

Dentro dos Direitos Coletivos, são trabalhadas as liberdades sindicais espelhada em duas convenções: a 151 (ano de 1978) e 87 (ano 1948) essa, até o momento, não ratificada pelo Brasil. O texto ainda permite a formação e afiliação de organizações de trabalhadores sob a tutela estatal. O texto garante da parte dos Estados membros a proteção contra demissões ou prejuízos por causa de sua filiação sindical ou de sua participação em atividades sindicais, o combate à discriminação e demissão motivada por fins de atividades sindicais e o direito à representação em acordos e convenções coletivas. Essas são inspiradas pela convenção nº 154, de 1981.

Em seu artigo 18, partes a e b, a Declaração reafirma a garantia já do exercício do direito de greve, nas disposições nacionais vigentes. Afirma, também, que "os mecanismos de prevenção ou solução de conflitos ou a regulação deste direito não poderão impedir seu exercício ou desvirtuar sua finalidade".

A respeito dos diálogos sociais, segundo Cláudia Ferreira Cruz, foi dado:

(...) um posicionamento em direção a estimular a negociação entre os agentes sociais e ampliar a flexibilização no campo de ação do Mercosul. Pois os Estados Partes comprometem-se a estimular o diálogo social nacional e regionalmente, criando mecanismos de consultas permanentes entre representantes dos governos, dos empregadores e dos trabalhadores, e por uma concordância de ideias possa garantir "condições favoráveis ao crescimento econômico sustentável e com justiça social da região e a melhoria das condições de vida de seus povos."²⁵⁹

Em se tratando dos outros direitos, última parte da Declaração, é reafirmada a centralidade do emprego nas políticas públicas para que se chegue ao desenvolvimento sustentável na região do Bloco. Há um comprometimento dos Estados Partes em promover a ampliação dos mercados internos e regionais. Ainda, são reforçados os esforços de proteção contra o desemprego e o incentivo a programas de requalificação profissional que facilitem o retorno do desempregado ao mercado de trabalho.

Todos os Estados-Parte do Mercosul têm em seus ordenamentos pareceres acerca de saúde e segurança do trabalho. Dentro da DSL, em seu 25º artigo, há o direcionamento para que os Países membros formulem, implementem, controlem e avaliem periodicamente um sistema nacional de saúde que garanta melhoria contínua nas condições dentro do ambiente de trabalho. Dessa forma, a Declaração Sociolaboral atenta-se, também, com questões de relevância para o bem-estar do trabalhador, dando-lhes o direito de cumprirem com suas funções em um ambiente de trabalho seguro, preservando a saúde mental e corporal do trabalhador.

Em seu 26º artigo da DSL são exigidos respectivamente o comprometimento dos Estados em manter serviços de inspeção a fim de assegurar a aplicação das disposições legais e regulamentares direcionadas à proteção do trabalhador. Por fim, o Mercosul afirma o direito à seguridade social dentro da legislação de cada Estado-Parte a fim de garantir uma rede mínima de ajuda social que, independentemente de sua nacionalidade, proteja seus moradores frente às contingências de vulnerabilidade social, principalmente nas que

²⁵⁹ CRUZ, Claudia Ferreira. **A declaração sociolaboral do Mercosul e os direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: USP, 2001. p. 28

envolvam enfermidades, velhice, invalidez, deficiência e morte, com o intuito de coordenar as políticas no âmbito social, de maneira a dirimir possíveis discriminações oriundas da origem dos beneficiários.

Apesar de seus objetivos, para Wolney de Macedo Cordeiro:

a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, portanto, foi forjada sob a ideologia do 'politicamente possível', consubstanciando-se em uma relação de garantias sociais genéricas sem mecanismos de imposição do seu cumprimento e sem o estabelecimento de órgãos regionais destinados à efetivação dos dispositivos relacionais.²⁶⁰

Dentro desse entendimento, é extremamente necessário reconhecer a importância da Declaração Sociolaboral, mas ainda assim é preciso salientar que enquanto os Estados-Parte, dentro de seu ordenamento jurídico interno, não elaborarem formas de garantia dos direitos sociais tais Declarações não terão força coercitiva e produzirão pouco efeito prático.

3 ACORDO MULTILATERAL DE SEGURIDADE SOCIAL

A livre circulação de pessoas dentre os países intensificou ainda mais os processos migratórios entre os países do MERCOSUL que já eram volumosos, consequência da globalização econômica que encontra na migração uma das suas mais importantes características.

Neste contexto, as inquietações sobre a seguridade social e seus direitos, surgem ao falar sobre a concessão dos benefícios com o seguinte questionamento: como os trabalhadores migrantes receberiam tal benefício já que trabalharam em mais de um país e em nenhum deles preencheram o requisito temporal para a concessão do benefício previdenciário?

Desta forma, foi necessária a criação de um procedimento para o reconhecimento da contribuição previdenciária de um trabalhador através do "Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul e seu Regulamento Administrativo" de 15 de dezembro de 1997 e que foi promulgado pelo decreto nº 5.722 de 2006 no Brasil. Ele estabelece normas que regulam as relações de Seguridade Social nos países integrantes do bloco econômico supracitado.

²⁶⁰ CORDEIRO, Wolney de Macedo. **A regulamentação das relações de trabalho individuais e coletivas no âmbito do Mercosul**. São Paulo: LTr, 2000, p. 141.

Dentre os diversos pontos estabelecidos, em seu artigo 2º, estão o reconhecimento aos direitos de Seguridade Social aos trabalhadores que prestam serviços nos Estados do Mercosul, assim como também aos seus familiares, sendo também sujeitos às mesmas obrigações dos nacionais de cada estado, assim como no artigo 4º, que submete o trabalhador a legislação do território cujo em que exerça a atividade laboral. Ademais, também são definidas algumas exceções às regras como trabalhadores de empresas de transporte aéreo ou terrestre e também que entidades gestoras dos Estados pagarão as prestações pecuniárias na moeda do seu país e estabelecerão mecanismos para a transferência de fundos entre os Estados.

4 DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE AS RELAÇÕES TRABALHISTAS NO BRASIL

No Brasil, as conquistas sociais em relação ao trabalho são consideradas tardias, fruto do nosso desligamento com a escravidão ter ocorrido apenas no final do século XIX, assim como também uma industrialização na primeira metade do século XX. Contudo, já durante os primeiros anos de República, já existiam movimentos que buscavam garantias legais como a Fundação da Liga Operária no Rio de Janeiro e uma lei que proibia trabalho para menores de 12 anos. Mais tarde, normas que previam férias de 15 dias por ano e alguns tipos de direitos em relação ao trabalho foram sendo criadas.

A partir do governo Vargas, o estado brasileiro buscou o equilíbrio entre os elos formantes da corrente do capital industrial, com a Constituição de 1934 que previa salário-mínimo, repouso semanal, assistência médica e sanitária, jornada de trabalho de 8 horas e férias remuneradas. Contudo, apenas em 1943, no dia 1º de maio, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi promulgada. Vargas foi responsável pela unificação das leis do trabalho e garantiu uma parte das demandas dos trabalhadores. 13º salário, repouso semanal e outras conquistas vieram em leis posteriores.

Percorrendo a História e todo o ordenamento jurídico do país, é perceptível que no âmbito laboral brasileiro, a legislação que afirma os direitos do trabalhador é extensa. Com direitos assegurados em sua Constituição, o ordenamento define o trabalho como direito social. Como objeto de base fundamental para a criação de novas leis, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, garante ao cidadão o livre exercício do trabalho, ofício ou profissão sendo esse considerado direito fundamental.

Categoricamente, a Constituição de 1988 associou em seu artigo 7º, os direitos dos trabalhadores rurais e urbanos e outros que almejam à melhoria de sua condição social. No parágrafo único, arrolou os direitos assegurados à classe dos trabalhadores domésticos. Em seu artigo 8º, estabeleceu a liberdade sindical; e, no artigo 9º, o direito de greve, todos esses tidos como conquistas sendo resultado de grandes disputas e debates políticos.

Se tratando do trabalhador estrangeiro, esse passou a ter os mesmos direitos trabalhistas de um empregado natural do Brasil, como 13º salário, férias de 30 dias e FGTS, tomando como base também os dispositivos do Protocolo de Cooperação do Mercosul, que prevê tratamento igualitário entre os nascidos nos países que firmaram o pacto nos territórios contemplados, o qual diz em seu artigo 3º que *“os cidadãos e os residentes permanentes de um dos Estados Partes gozarão, nas mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes do outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses”*

Além da Carta Magna, o direito brasileiro conta também com um código de Leis Trabalhistas – CLT (Lei nº 13.467/2017) que, reformado no dia 11 de novembro de 2017, trouxe mudanças que contemplaram o trabalhador, mas também consideraram em peso o empregador. Com o intuito de aumentar as interações coletivas, diversos aspectos do trabalho passaram a ser mais negociáveis, dentre as quais está o artigo 611-A da CLT que permitiu a negociação das condições de trabalho entre as partes (sindicatos e empresa) por intermédio de acordos ou convenções coletivas de trabalho.

Além desse, outros direitos foram alterados com o novo Código de Leis Trabalhista, tais como: tempo de gozo das férias (de 30 dias) que passou a ser fracionada em até três períodos; tempo de trabalho diário que antes era limitada a oito horas diárias e passou à possibilidade de doze horas diárias, respeitando ainda o limite de quarenta e quatro horas de trabalho semanais; desconsideração dentro da jornada de trabalho as atividades que não estão diretamente ligadas à função do empregado (alimentação, descanso, estudo, higiene, tempo despendido até o local de trabalho e o retorno, dentre outros); possibilidade de negociação do tempo de intervalo, no mínimo de 30 minutos (o mínimo anteriormente era de 1h); a desobrigação do pagamento do piso ou salário mínimo por produção; a desobrigação da homologação do plano de carreira no Ministério do Trabalho, podendo ser negociado entre patrões e trabalhadores.

Em comparação com a Declaração Sociolaboral do Mercosul, a legislação brasileira também dispõe da altíssima carga social, garantindo direitos que preservam a dignidade do trabalhador. No entanto, com a crescente valorização do empresário, o trabalhador foi duramente penalizado, haja vista grandes mudanças ocorridas no Código de Leis Trabalhistas.

5 DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE AS RELAÇÕES TRABALHISTAS NA ARGENTINA

Os direitos dos trabalhadores argentinos são citados já nos primeiros artigos do texto constitucional do país através de princípios. No seu artigo 14, é informado que todos os habitantes da nação gozam do direito, de acordo com as leis que regulam seu exercício a trabalhar e exercer qualquer setor legal.

Ademais, mais especificamente no artigo 14 *bis*, é exposto que o trabalho, nas suas diversas formas, gozará da proteção das leis, que garantirão ao trabalhador condições dignas e justas de trabalho, horas limitadas, descanso pago e férias, remuneração justa, salário mínimo de vida móvel, participação nos lucros da empresa, com controle de produção e colaboração na gestão, proteção contra demissão arbitrária, estabilidade do funcionário público e organização sindical livre e democrática, reconhecida pelo simples registro em um registro especial. Por fim, também define que o Estado concederá os benefícios da seguridade social, que serão abrangentes e inalienáveis. Em particular, a lei estabelecerá: seguro social obrigatório, aposentadoria e pensões móveis, a proteção integral da família, defesa do bem da família, compensação financeira familiar e acesso a moradias decentes.

O salário mínimo argentino possui valor de 65.427 pesos argentinos, equivalente a 1.957,03 reais (valores para janeiro de 2023 na cotação oficial). Apesar do valor maior em relação ao salário mínimo nacional, é importante salientar que a Argentina possui um alto custo de vida e taxas inflacionárias extremamente significativas que fizeram o valor nominal do salário mínimo dobrar em relação ao valor definido em janeiro de 2022. Sendo assim, a maioria dos aumentos anuais torna-se uma mera correção monetária em relação à inflação acumulada.

Um dos pontos mais controversos é a licença maternidade no país. A mulher grávida também adquire a estabilidade e o direito de remuneração durante o afastamento, porém com algumas restrições. O período é menor e contado de maneira diferente: são 90 dias de afastamento, inferiores aos quatro meses recomendados por organizações globais, e a mulher é afastada por 30 dias antes do parto previsto e retorna após 60 dias, com a possibilidade de dividir em dois períodos de 45 dias antes e depois do parto. A mulher pode negociar meses adicionais de licença com o empregador, porém sem remuneração, mas com a estabilidade garantida.

A jornada de trabalho também possui suas peculiaridades. Apesar de ser contabilizado semanalmente, com um turno integral de oito horas de trabalho diárias, o limite diário é de 12 horas por dia, contanto que não ultrapasse as 40 horas semanais. Na prática, torna-se possível a criação de regimes de trabalho com horas diferentes do comum, de acordo com o negociado com o empregador.

Como é possível notar, os direitos trabalhistas na Argentina são semelhantes com aqueles que encontramos no Brasil, mas a situação econômica historicamente mais instável do país gerou algumas diferenças com o passar dos anos que buscam aumentar a produção de empregos. Inclusive, pelo texto constitucional indicar apenas princípios, acaba por permitir a flexibilização dos direitos sociais de acordo com as necessidades econômicas e sociais do país. Essa possibilidade levanta o questionamento sobre até onde essa

flexibilização é aceitável sem que interfira nos preceitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana.

Uma dessas possibilidades de flexibilização da legislação trabalhista é direcionada para as pequenas e médias empresas. Buscando a geração de empregos, há um conjunto de termos menos restritivos com a possibilidade de redução de algumas garantias. Apesar disso, de forma geral, o sistema é benéfico para trabalhadores.

6 DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE AS RELAÇÕES TRABALHISTAS NA URUGUAI

O Uruguai possui um contexto um pouco menos comum em relação aos outros países do Mercado Comum do Sul visto que o país é pautado na desregulamentação legal do Direito do Trabalho, autonomia sindical e na abstenção do Estado. Possui uma quantidade relativamente reduzida de leis trabalhistas com predominância da negociação coletiva, preservando os direitos de ordem fundamental. Para o ordenamento trabalhista uruguaio, o Estado deve interferir o mínimo possível em relações pautadas nos direitos coletivos, buscando a prevalência da negociação entre as partes.

Todavia, mesmo com essas premissas liberais, o princípio predominante é o da proteção para as relações individuais e coletivas, com possibilidade de certa flexibilização que não deve interferir nas bases das relações do trabalho.

Na Constituição uruguaia de 1997, existem artigos importantes a serem citados dentre as garantias fundamentais em relação ao trabalho. No seu artigo 53, é determinado que o trabalho está sob proteção especial da lei e todo habitante da República, sem prejuízo de sua liberdade, tem o dever de aplicar suas energias intelectuais ou corporais de maneira a beneficiar a comunidade, que tentará oferecer, de preferência aos cidadãos, a possibilidade de ganhar a vida através da o desenvolvimento de uma atividade econômica. Já o artigo 54 diz que a lei deve reconhecer quem está em uma relação de trabalho ou serviço, como trabalhador ou empregado, a independência de sua consciência moral e cívica; remuneração justa; a limitação do dia; descanso semanal e higiene física e moral assim como determina que o trabalho de mulheres e menores de dezoito anos seja regulamentado.

É importante salientar que o contrato de trabalho escrito não é obrigatório, embora seja uma prática difundida nos últimos anos. A existência de uma relação de trabalho abarca uma prestação pessoal, retribuída economicamente e que estará sob subordinação ou dependência, a disposição de um terceiro que ordena, vigia e dirige a atividade, quando se cumpre com essas características regerá o direito de trabalho.

A fixação do salário-mínimo nacional é feita em conformidade com o Convênio Internacional de Trabalho nº 131 da O.I.T. e é decretado pelo Poder Executivo com os atores sociais a atualização é de forma periódica. Mesmo fixado, a enorme maioria dos setores fixam seus mínimos salariais por meio da negociação coletiva. O salário mínimo nacional uruguaio é um dos mais altos da América do Sul, atualizado em 2023 para 21.106 pesos uruguaio (2.833 reais em janeiro de 2023).

As jornadas de trabalho são duplamente limitadas: semanalmente, já que não pode ultrapassar às 48 horas semanais na indústria e 44 horas semanais no comércio e diariamente, não durando mais que 8 horas diárias. Para atividades insalubres, o limite é de 6 horas diárias. Ademais, o trabalhador no Uruguai possui direito a um descanso intermédio durante a jornada laboral e um descanso semanal.

Diferente do Brasil, os trabalhadores possuem férias de no mínimo 20 dias após um ano de trabalho cumprido, com a previsão de aumento dos dias de férias em função da antiguidade no trabalho. A licença maternidade da mulher abrange as 6 semanas antes da data presumida do parto e até 8 semanas depois do parto, com a entrega de um subsídio econômico.

Por fim, o empregador tem a faculdade de demitir seus empregados mediante pagamento de uma indenização. Tais demissões podem ser diretas ou tácitas caso o empregador manifeste sua vontade de encerrar o vínculo empregatício ou indireta quando o empregador não cumpre com as obrigações do contrato de trabalho a ponto do trabalhador se considerar demitido, sendo liberado de suas obrigações de prestar a atividade.

7 DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE AS RELAÇÕES TRABALHISTAS NO PARAGUAI

As necessidades acerca dos direitos laborais e garantias fundamentais trabalhistas receberam uma organização coerente ainda na Constituição paraguaia de 1967. A partir de sua sucessão em 1992, a questão laboral recebeu a implementação de novos artigos que enriqueceram seu ordenamento e demonstraram a necessidade de maior amparo ao país que apresentava fragilidade política, social e econômica.

Definido no Código de Trabalho paraguaio como “pessoa física que exerce um trabalho ou presta serviço a outro [...] de forma voluntária”, o trabalhador possui uma gama de garantias mínimas e direitos que lhe cercam, principalmente por ser considerado a parte fraca da relação de emprego.

Dentro do âmbito dos direitos básicos do trabalhador, a Lei de nº 213, que instituiu o Código de Trabalho paraguaio assegura a não discriminação com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política ou contrato social. Defende a existência digna e o direito a

condições justas no exercício do seu trabalho, além de proporcionar educação técnica para aprimoramento de habilidades. Ainda, defende a integral remuneração de seus trabalhadores, opondo-se ao trabalho não remunerado e forçado.

No que se refere às jornadas de trabalho, estipula-se até oito horas de trabalho diárias e o máximo de 48h semanais quando o trabalho for diurno e sete horas por dia ou quarenta e duas horas semanais em trabalho noturno. Há ainda, atenção para o tempo de trabalho de maiores de quinze anos e menores de dezoito anos, definidos entre seis horas diárias e trinta e seis horas semanais. Para trabalhos em ambientes insalubres também são definidas seis horas diárias de trabalho no máximo.

Um ponto interessante acerca dos direitos trabalhistas no Paraguai se encontra no período das férias, onde ao invés dos 30 dias que são assegurados nas leis trabalhistas brasileiras, os períodos de recesso do trabalhador paraguaio variam conforme seu tempo dentro da empresa que trabalha. Do primeiro ao quinto ano como empregado, os paraguaios podem gozar de férias de 12 dias remuneradas por ano. Mantendo-se na mesma empresa, do sexto ao décimo ano, terão 18 dias de férias. E só depois do décimo ano na mesma firma é que se pode desfrutar dos mesmos 30 dias que os brasileiros.

Em relação ao salário-mínimo, o Paraguai possui um valor pelo menos razoável, apesar do custo de vida alto. Com valor atual de 2,550 milhões de guaranis (1864 reais em janeiro de 2023), é considerado um dos que possuem o maior poder de compra da região. Contudo, dados da Central Unitária de Trabalhadores apontam que mais de 35% dos trabalhadores recebem menos do que o mínimo legal. Inclusive, o presidente da Central, Bernardo Rojas, considera o mínimo paraguaio insuficiente e que não há uma política estatal para diminuir a diferença entre o custo de vida e o ganho dos trabalhadores.

Sobre licença maternidade e paternidade, a primeira é de 18 semanas pagas pela Previdência Social e a segunda com período de 2 semanas depois do parto pagas exclusivamente pelo empregador.

No tocante à Declaração Sociolaboral do Mercosul, a Constituição do Paraguai tem previsão expressa sobre a liberdade sindical, além de repelir toda e qualquer forma de discriminação ao trabalhador e dedicar proteção especial ao trabalho das mulheres. É válido ressaltar que, apesar de haver definições para o trabalho adolescente dentro do ordenamento paraguaio, esses não são abarcados nas definições da DSL que se mostra contrária ao labor para jovens menores de dezoito anos.

8 CONCLUSÃO

O Mercosul tem natureza jurídica semelhante à de outros blocos, como o Europeu. Ou seja, propõe a integração dos países visando o crescimento da concorrência empresarial e dos meios de produção de forma a trazer melhores condições de vida e avanço social. No entanto, é preciso mensurar as consequências que a natureza não vinculativa dos tratados abordados pode trazer aos seus objetivos, tendo em vista que sua eficácia jurídica depende exclusivamente do anseio político.

Desse modo, suas propostas têm papel muito mais orientador do que normas a serem seguidas com força coercitiva, pondo em dúvida acerca da eficácia dos direitos que o próprio Bloco assegurou aos Estados-membros. Destarte, cada país direciona seus cidadãos de acordo com suas legislações trabalhistas e ordenamentos jurídicos trazendo o questionamento acerca do papel real dos tratados abordados dentro da jurisdição de cada Estado-Parte do Mercosul.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acordo Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL. Disponível na Secretaria do MERCOSUL em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5722.htm Acesso em 20/10/2022.

A Harmonização dos Direitos Sociais e o Mercosul. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_62/Maria_Magalhaes.pdf. Acesso em 24/11/2022.

Análise crítica da declaração sociolaboral do Mercosul de acordo com o direito do trabalho material. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-121/analise-critica-da-declaracao-socio-laboral-do-mercosul-de-acordo-com-o-direito-do-trabalho-material/>. Acesso em 19/11/2022.

ARGENTINA. [Constituição (1994)]. **Constitucion de la Nacion Argentina: Ley nº 24.430.** Buenos Aires: [s. n.], 1995. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: 19/11/2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/11/2022.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Decreto-Lei nº 5.442, de 01/mai/1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em 20/11/2022.

Constituição de 1988 que consolidou direitos dos trabalhadores. Disponível em: https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/constituicao-de-1988-consolidou-direitos-dos-trabalhadores. Acesso em 20/11/2022

CORDEIRO, Wolney de Macedo. **A Regulamentação das relações de trabalho individuais e coletivas no âmbito do MERCOSUL.** São Paulo: LTr. 2000.

CRUZ, Claudia Ferreira. **A declaração sociolaboral do Mercosul e os direitos fundamentais dos trabalhadores.** São Paulo: USP, 2001. p. 7

Declaração Sociolaboral do MERCOSUL. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/forumCorteSupremaNorma/forumCorteSupremaNorma_AP_75320.pdf Acesso em 15/08/2022.

MERCOSUL. Em poucas palavras: O que é Mercosul?. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/em-poucas-palavras/>. Acesso em 20/11/2022.

O futuro das relações trabalhistas no Brasil. Disponível em: <https://exame.com/blog/opiniao/o-futuro-das-relacoes-trabalhistas-no-brasil/>. Acesso em: 15/11/2022.

O Trabalhador Estrangeiro no Brasil. Disponível em: https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/o-trabalhador-estrangeiro-no-brasil#:~:text=Ao%20trabalhar%20no%20pa%C3%ADs%2C%20o,de%20folga%2C%20preferencialmente%20aos%20domingos. Acesso em: 15/11/2022.

Tratado de Assunção Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf101/anexo/Tratado_de_Assuncao..pdf Acesso em 04/10/2022.

URUGUAY. [Constituição (1967)]. **Constitución de la República.** Assunção: [s. n.], 2004. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>. Acesso em: 15/11/2022.

A DESMILITARIZAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR

LEONARDO FREITAS COSTA:
Acadêmico do curso de
Bacharelado em Direito pela
Unidade de Ensino Superior do Sul
do Maranhão –
UNISULMA/IESMA²⁶¹

ERICK VINICIUS COSTA DE ANDRADE²⁶²

(orientador)

RESUMO: Discute-se neste artigo uma abordagem sobre a construção de um novo modelo de polícia e a consequente unificação das polícias brasileiras, explorando problemáticas do modelo militarizado, as soluções propostas e os possíveis reflexos de uma profunda alteração do sistema de segurança interno do país. Uma reforma institucional é sugerida, que tem como base a adoção de caráter civil estadual.

Palavras chaves: Desmilitarização. Polícia militar. Democracia.

THE DEMILITARIZATION OF THE MILITARY POLICE

ABSTRACT: This article discusses an approach to the construction of a new police model and the consequent unification of the Brazilian police, exploring problems of the militarized model, as proposed solutions, and the possible reflections of a deep internal security system in the country. Institutional reform based on the adoption of a state civil character is suggested.

Keywords: Demilitarization. Military police. Democracy.

1 INTRODUÇÃO

De início é importante salientar que na concepção adotada neste artigo, desmilitarizar não significa desarmar ou desequipar a polícia, mas sim reestruturá-la em uma instituição capaz de pôr em prática suas funções de forma respeitosa levando em consideração os direitos e às garantias fundamentais dos cidadãos.

²⁶¹ Contato: leofcdavi27@gmail.com

²⁶² Professor orientador. Especialista em Direito Público Aplicado, EBRADI. E-mail: erickvinicius.ca@gmail.com.

A busca por um sistema de Segurança Pública competente e humanizado é uma problemática frequente nas discussões dos novos rumos da democracia no Brasil. A situação do setor em questão tem se mostrado contestável por causa da crescente violência no país, caracterizada pela desigualdade, falta de acesso a condições básicas de saúde e educação para grande parte da população (SOARES, 2019; QUINTELA, 2021). Desse modo, é dever do estado garantir ao indivíduo direito fundamental a segurança, que se dá por meio da criação de normas protetivas de bens jurídicos, e por meio de ações concretas como o policiamento ostensivo (TREVISAN; CANEIRO; ROCHA, 2020).

O crescimento da violência reflete a ineficácia do Estado no que tange a segurança dos cidadãos. Neste cenário a violência repressiva do Estado, tem existência real nas ações perpetradas pelas polícias militares, pois percebe-se níveis extremamente elevados de violência, o que torna evidente o método antiquado empregado para garantir a preservação da ordem pública (HOFFMAN FRENCH, 2017). Esta realidade alarmante, foi exposta por várias entidades internacionais comprometidas com os direitos humanos que, atestam grande preocupação com a violência policial no Brasil. Portanto, falhando nesse quesito na medida em que age de forma opressora com a sociedade.

Portanto, indaga-se: Qual a necessidade de existir uma polícia militarizada?

Assim, o objetivo geral da presente pesquisa é demonstrar a militarização da polícia brasileira como a raiz do quadro problemático do atual sistema de segurança pública do país. Esclarecer que a reestruturação da polícia militar é um tema de urgência e relevante importância na redemocratização do Brasil e que princípios basilares da Constituição Federal são flagrantemente violados, sendo reflexo no serviço que é prestado pelo policial militar. E por fim demonstrar a necessidade urgente da garantia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Tal demonstração se fará através do estudo de material doutrinário, no qual foi realizado uma pesquisa qualitativa, de natureza exploratória, sob o método de revisão bibliográfica que relaciona os problemas da ineficiência da Polícia Militar no combate ao crime e de sua relação com a sociedade civil diretamente com o militarismo presente na estruturação desta instituição.

2. CERNES DA POLÍCIA MILITAR NO BRASIL

Para entender, a predileção por tal modelo na sociedade brasileira, é preciso que analisemos os contextos históricos da criação da polícia militar no Brasil. A Polícia Militar que conhecemos e/ou já ouvimos falar nos dias de hoje, tem origem nas forças de segurança que existiam no Brasil império (BRETAS; ROSEMBERG, 2013). A história da polícia no Brasil tem início com a chegada da família real portuguesa no país, em 1808.

Neste período, Dom João trazia em sua comitiva uma Guarda Real de Polícia que seria o cerne das corporações policiais do país. Em 1866 o Decreto Imperial n.º 3.598, instituiu o caráter militar da organização, quando decompôs a polícia da corte: “A força policial da Corte será composta de um Corpo militar e de um Corpo paisano ou civil”. Com o crescimento da população e da criminalidade em outras províncias para além da capital, os corpos policiais foram direcionados para outras partes do país (SILVA, 2022).

Em São Paulo, mais precisamente no ano 1889, ganhou o nome de Força Pública do Estado de São Paulo com a Proclamação da República. Seria na Força Policial Paulista, que o processo de militarização das forças de segurança pública começaria a tomar uma forma mais concreta, espalhando-se como modelo de aparelho policial pelo resto do país. No ano de 1906, o então Presidente do Estado de São Paulo, Jorge Tibiriçá, patrocinou uma Missão Francesa, chefiada pelo Comandante Paul Balagny, o qual seria responsável pelo treinamento e pela reorganização da Força Policial. Tal missão, que deveria durar apenas dois anos, acabou ficando no país até o ano de 1914, sendo importantíssima para a solidificação do dispositivo policial paulista como força militar de segurança pública, seguindo doutrina de severa disciplina o que promoveu inovações nos campos operacionais e tecnológicos (FELITTE, 2014).

A consolidação do militarismo das forças policiais no Brasil coincide com o início industrialização do país, principalmente no estado de São Paulo. Com o crescimento da indústria, surgiu uma nova classe social, intitulada “classe do proletariado” e por seguinte, adveio o movimento operário. A nova classe, exigiria condições melhores de trabalho, o que passaria a constituir uma ameaça à ordem vigente, na qual as oligarquias monopolizavam o poder político do país. Portanto, podemos afirmar que a polícia, desde o seu início teve papel fundamental na repressão a movimentos sociais, atuando como força repressora a qualquer movimento que se opusesse à ordem atual (FELITTE, 2014).

A função da polícia é proteger os direitos humanos, porém quando há a quebrada ordem social existe uma considerável diminuição dessa proteção (AMARANTE ROCHA, 2019). Porém sim, é possível ter uma relação benéfica entre polícia e direitos humanos com a desmilitarização da polícia.

3.CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DESMILITARIZAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR

Discorrer sobre desmilitarização da Polícia Militar é um tema emblemático, uma vez que para que tal proposta se torne realidade é necessário um trabalho árduo e difícil, devido à grande complexidade que o tema traz consigo. Tal proposta divide opiniões, é uma estrutura solidificada que se perpetua através dos tempos, inclusive com previsão constitucional (BRASIL, 1988) no artigo 144, sendo o ápice de observância para qualquer proposta que se inclina a mudar tal estrutura.

Neste sentido, é possível afirmar que o principal impedimento numa possível e futura mudança quanto ao regime militar da Polícia (PM) no Brasil, é a Constituição Federal. Se isso ocorrer, será possível apenas via uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC), conforme o artigo 60, da Constituição Federal:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados

Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado;

I - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Da leitura do artigo 60, é possível afirmar que apenas será possível, por meio da PEC, a desmilitarização da Polícia Militar. Observa-se ainda, não se tratar de um trabalho fácil, haja à vista a composição necessária para se votar uma PEC, necessitando da aprovação das duas casas composta por 3/5 quintos de seus membros que sejam favoráveis à mudança.

4. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NÃO COMBINA COM MILITARISMO

Para que se proceda ao estudo acima referido é importante salientar que a Constituição Federal, foi cirúrgica quanto aos meios que possui para que se permita ser alterada. Se não fosse possível alterá-la, se tornaria inaplicável há um povo, pois, não acompanharia a sua evolução. Grande parte da população anseia por uma polícia mais justa e humanizada, pois nada mais do que uma característica do Estado Democrático de Direito. Se a desmilitarização viesse a ocorrer, não estaria passível de veto e muito menos de sanção, seria atrelada ao corpo Constitucional através de Emenda. A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 51 de 2013, foi apresentada pelo Senador Lindbergh Farias, que contou com o apoio do antropólogo e ex-Secretário Nacional de Segurança Pública, Luiz Eduardo Soares, que tem por objetivo desvincular as polícias estaduais das Forças Armadas, iniciando um processo de desmilitarização.

A PEC (BRASIL, 2013) ainda propõe outras mudanças nas instituições policiais como a implantação obrigatória do ciclo completo e da carreira única. Atualmente, na polícia militar, há duas polícias: oficiais e praças. Na polícia civil, delegados e não delegados. A medida visa a maior eficácia das atividades policiais, que passarão a ser exercidas em sua integralidade pelas organizações, ou seja, estas deverão, obrigatoriamente, realizar as atividades preventivo-ostensivas e investigativas. E permite à valorização do policial através de um sistema que possibilite a ascensão dos membros da polícia através da própria carreira.

A PEC-51/2013 pretende viabilizar a transformação da arquitetura institucional da segurança pública. Alguns dos seus pontos são:

1. A desmilitarização das polícias militares destitui-se de existir como tais, pois perdem o caráter militar proporcionado pelo vínculo orgânico com o exército (enquanto força reserva) e pelo espelhamento organizacional;
2. A decisão sobre o formato das polícias operando nos estados pertenceria aos estados e municípios. O Brasil é um país rico em diversidade e o federalismo deve ser considerado.
3. As polícias serão organizadas a partir de dois critérios: territorial e criminal.
4. Os direitos trabalhistas dos profissionais da segurança seriam

integralmente respeitados durante a implantação da PEC. O propósito é que todos os policiais sejam valorizados pelos governos, por suas instituições e pela sociedade.

Torna-se importante ressaltar, que, se houvesse tal alteração, ela não ocorreria da noite para o dia. É cabível demonstrar, que tal demanda levaria algum tempo, devido à necessidade de adequação, de mudança na organização estrutural, por parte dos Estados e de todo o ordenamento jurídico inferior à Constituição Federal. As polícias perderiam o caráter militar nos Estados, passariam a ter caráter civil e passariam a ser denominadas apenas como Polícia Estadual (SOARES, 2019).

No que se refere à discussão trazida acerca da desmilitarização da polícia no Brasil, é necessário fazer referência também a violência urbana que assola o país todos os dias, onde estão incluídos os policiais além do povo brasileiro (AQUINO; GULLO, 1998). A violência no país está demasiadamente alta, e geralmente a maiorias crimes, tais como latrocínio, roubo, furto dentre outros, estão intimamente ligados à questão patrimonial.

Nas periferias (favelas) essa situação é demasiadamente pior, porque lá (periferia), o Estado, não se apresenta na forma de educação, saúde, infraestrutura, saneamento básico, muito pelo contrário, quando o Estado se faz presente, é na forma de policiamento ostensivo através das polícias militares. Neste sentido, fica claramente demonstrado que a situação se torna muito pior, devido à ausência estatal e sua ineficiência na sua prestação humanitária (DA SILVEIRA, 2022).

A Polícia Militar tem o caráter totalmente militar, assim como as forças armadas (exército, marinha e aeronáutica), sendo inviável defender sua forma de regime em pleno século XXI. Para as forças armadas, ficou a responsabilidade de defender as fronteiras do território contra os possíveis ataques de inimigos. Temos ainda, segundo Felipe Lazzari da Silveira, a conceituação do que seria a desmilitarização:

Desta forma, desmilitarizar a polícia significa romper com uma estrutura completamente incompatível com os princípios democráticos, medida que demandaria uma radical separação entre as polícias militares e as Forças Armadas, e na criação de um modelo de polícia unificada, de natureza civil, sendo imprescindível também a extinção dos sistemas de justiça especiais destinados aos policiais. Inúmeras seriam as vantagens de uma polícia exclusivamente civil, sendo que, a unificação das polícias ostensiva e investigativa, além de uma maior eficiência, traria benefícios aos próprios agentes de segurança, na medida em que a nova estrutura poderia proporcionar uma carreira mais atrativa aos mesmos, como ocorre em outros países.

Extrai-se do texto que o treinamento de guerra ficou para as forças armadas que são preparadas para lutarem contra algum ataque inimigo em relação as nossas fronteiras. Quanto as polícias militares, é necessário treinamento mais adequado, de modo que a prestação do serviço da Polícia Militar, se dar perante a sociedade civil, e não ao campo de batalha, ao inimigo fronteiriço.

5. DIREITOS E PRINCÍPIOS QUE SÃO DESRESPEITADOS

Aos próprios componentes das polícias militares em geral, às praças, existe tratamento hostilizado e indiferente. Diversos direitos são suprimidos ou sequer são reconhecidos, como exemplo posso citar: a ausência de regulamentação, por exemplo, de carga horária que é um direito trabalhista, a não possibilidade de greve bem como, a falta de direitos políticos (FORTUNA, 2009). Apesar da função ostensivada polícia ser essencial à segurança pública, a sociedade, o direito de greve também seria de suma importância aos policiais militares, através dele, seria possível uma luta sem armas na busca de melhoria de trabalho, de condições dignas, de melhoria na família do policial e a consequente melhoria salarial, o que de fato, traria reflexos positivos para a sociedade no tocante a sua atuação.

Não podemos esquecer também, no desvio de finalidade no qual a Polícia Militar está submetida em vários estados até mesmo por conta do que disciplina leis estaduais, fugindo do que está posto na Constituição Federal, que seu parágrafo 5º do artigo 144, nos traz: "§ 5º às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil" (BRASIL, 1988).

A militarização da Polícia Militar se mostra ineficaz na prestação do serviço ao cidadão, devido, justamente ao seu treinamento de guerra que visa combater o inimigo, atrelado ainda, como anteriormente citado, a supressão de direitos pelos quais estão submetidos às polícias. Nesta seara, fica evidente que o cidadão também sofre, pois tudo isso é refletido na sociedade, e, enquanto não houver mudança interna, no trato da instituição com seus membros, é pouco improvável que haja melhora no tratamento mais humanizado das polícias com o cidadão. (SOARES, 2019).

Outra questão relevante a ser suscitada, é a necessidade de desvincular as polícias em relação ao que o texto constitucional nos traz sobre as polícias militares, conforme parágrafo 6º do artigo 144: "§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios" (BRASIL, 1988). No mundo, o Brasil ainda é um dos poucos países que insistem na militarização de suas polícias.

Não existe mais necessidade de polícia militarizada, isso é remoto aos tempos de governo militar, que perdurou durante os anos de 1964 a 1985. Passamos do regime militar, ao regime democrático, e qual o sentido de ainda possuímos uma polícia militarizada? A ideia nos traz a sensação de abuso e de regime autoritário, típicos daquela época (1964 – 1985). Por ter previsão constitucional, podemos dizer que as polícias são forças de auxílio e de reserva do exército, o que, no entanto, não é justificável. Não vivemos sob a égide de regime militar, e a previsão legal de forças armadas está arraigada na Constituição federal no artigo 142.

Acontece que, no artigo 142 da Constituição Federal, não existe nada disposto sobre a vinculação das polícias militares com o Exército Brasileiro sendo necessária a mudança apenas ao artigo 144, através de Emenda Constitucional conforme já dissemos anteriormente. Sem contar que com a desmilitarização, passaríamos a ter o ciclo único ou completo de polícia, que nada mais é a polícia que prende, é a mesma que investiga. Acerca de tal crítica o professor Túlio Viana (2013) afirma:

Na forma que nós temos hoje, com uma polícia separada entre uma polícia militar, no policiamento ostensivo, e uma polícia civil, que é de investigação, só no Brasil. Nos Estados Unidos e Inglaterra as polícias são 100% civis. Em alguns países da Europa existem polícias militares, mas não na forma que é concebida no Brasil. Por exemplo, na França, Portugal e Itália, a polícia militar é reservada para áreas rurais, áreas de fronteira afastadas dos grandes centros urbanos. E elas têm a função principal de proteger fronteiras, de proteger estas áreas de ameaças externas.

6. MILITARISMO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A militarização possui ainda um regime próprio, que é denominado de RDE, Regulamento Disciplinar do Exército, que é aplicável às polícias militares. Regulamento ultrapassado e antiquado além de autoritário que viola de forma flagrante diversos princípios preconizados na CF de 1988, dentro os quais destaco a dignidade da pessoa humana, e para Flávia Piovesan (2013):

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone

Constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, natarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

Quando se fala em desmilitarização, não se defende a “bagunça” dentro da instituição, muito menos a falta de hierarquia ou de disciplina no âmbito da instituição, muito pelo contrário. O que se busca na verdade, é que sejam garantidos aos integrantes da instituição Polícia Militar, o respeito aos seus direitos constitucionais, e aqui, passo novamente a destacar o da dignidade da pessoa humana. Garantida dignidade aos policiais, acredita – se que estes possam ser dignos com seu público- alvo, a sociedade civil.

Os policiais militares são restringidos de seus direitos quanto á sua liberdade de expressão, de locomoção, de carga horária justa, é ainda tratada de formaindiferente por seus superiores hierárquicos. São “coisificados”, deixando de serem vistos como pessoas, o que demonstra grave violação da Constituição Federal. A Constituição federal, diz ainda no artigo 5º, que todos são iguais perante a lei (BRASIL,1988), e dessa forma vemos que não é justificável o tratamento utilizado com os policiais, o que ocorre, e de forma injustificada, são diversos abusos.

A desmilitarização garantiria aos policiais a falta de censura, a possibilidade de expressarem – se, ganharia a população, ganharia o policial. Os policiais gozariam da mesma liberdade que está envolto a sociedade. Desmilitarizar a Polícia Militar é medida urgente, ao passo que sua estruturação ultrapassada não acompanha a evolução social. Decorrente da militarização, os policiais são tolhidos de seus direitos,sem contar no desvio de finalidade que seus governos os submetem. Segundo Araújo(2021) uma pesquisa realizada no ano de 2014 pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública constatou que 76,3% dos policiais militares eram a favor da desmilitarização,deixando claro que o modelo atual de policiamento é controverso.

As mudanças não ocorreriam num passe de mágica, seriam gradativas. Conferir ao policial militar, tratamento humano e democrático, é conferir ao cidadão aprestitação de serviço mais humanizada. Seria uma reação em cadeia. É necessário observarmos as consequências da militarização para a sociedade, bem como aos policiais, que são diretamente atingidos por tal fenômeno.

7. CONCLUSÃO

Em resumo, defendeu-se ao longo do artigo a democratização da polícia militar por meio do processo de desmilitarização. Isso porque o militarismo possui algumas características que tornam tal organização incompatível com as atividades policiais. Foram relatados aspectos que atestam que as polícias militares estaduais são incapazes de exercer plenamente suas funções e assegurarem os direitos dos cidadãos.

Com base no tema proposto, a pesquisa teve como objetivo geral, demonstrar a militarização da polícia brasileira como a raiz do quadro problemático do atual sistema de segurança pública do país.

A pesquisa partiu da hipótese que devido à falta de reestruturação das polícias militares estaduais, que no passado serviram como apoio dos governos ditatoriais, nunca conseguirão exercer suas funções de acordo com os princípios democráticos. A hipótese foi confirmada uma vez que as práticas policiais baseadas no treinamento militar pouco surtiram efeito no combate à criminalidade.

Assim sendo, a desmilitarização se mostra como processo de adaptação das instituições policiais para uma personificação em que elas possam exercer sua função de maneira íntegra e eficiente. Esta ação visa aumentar o sentimento de segurança da população, como também reduzir a criminalidade no Brasil, por meio da transformação de uma polícia que detém caráter militar para uma polícia comunitária, civil e estadual.

O método de pesquisa adotado para atingir os objetivos, foi classificado como revisão bibliográfica e análise documental, com o estudo fundamentado em doutrinas específicas sobre o tema, leis e artigos científicos, contudo, a presente pesquisa apresentou algumas limitações.

Logo o trabalho poderia ter sido realizado com uma pesquisa de campo, envolvendo coleta de dados nas instâncias públicas ou até mesmo entrevistas com membros da polícia militar. Todavia, em razão das limitações impostas pela polemização do tema é inviável a aplicação de questionários dentro de uma unidade militar. Outra limitação é referente à população que tem pouco conhecimento sobre o teor da pesquisa.

REFERÊNCIAS

AMARANTE ROCHA, Álvaro Do. **A atuação da Polícia Militar e sua relação com direitos humanos e movimentos sociais**. 2019. Trabalho de conclusão de curso Centro Universitário UNIFACVEST, Lages, 2019.

ARAUJO, Vitor Alves. **O papel da polícia militar na segurança pública e a novalei de abuso de autoridade sob a ótica do respeito aos direitos humanos e fundamentais**. 2021. Trabalho de conclusão de curso-Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021.

AQUINO, Álvaro de; GULLO, Silva. Violência urbana um problema social. **Tempo Social**, v. 10, n. 1, p. 105–119, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 26 de março de 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 51, de 2013**. Altera o arts. 21, 24 e 144 da Constituição Federal, acrescenta os arts 143-A, 144-Ae 144-B, reestrutura o modelo de segurança pública a partir da desmilitarização do modelo policial. Brasília, DF: Senado Federal, 2013. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pec-51-2013-sf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto Imperial n.º 3598 de 1866**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3598-27-janeiro-1866-554213-publicacaooriginal-72693-pe.html>. Acesso em: 09 de março de 2022.

BRETAS, Marcos Luiz.; ROSEMBERG, André. A história da polícia no Brasil: balanço e perspectivas. **Topoi**, v. 14, n. 26, p. 162–173, 2013.

Da SILVEIRA, Felipe Lazzari. **Reflexões sobre a desmilitarização e unificações das Polícias Militares Brasileiras**. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/34.pdf>> Acesso em: 26 de março de 2022.

FELITTE, Almir Valente. **Desmilitarização da Polícia: uma reforma da segurança pública para a adequação do exercício da função policial na sociedade**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 2014.

FORTUNA, Edson Garcia. **O trabalho e suas significações na polícia militar de Santa Catarina: A visão das praças**. 2009. Trabalho de conclusão de Curso- Universidade Federal de Santa Catarina Florianópolis, 2009.

HOFFMAN FRENCH, Jan. Repensando a Violência Policial no Brasil: Desmascarando o Segredo Público da Raça*. **Revista TOMO**, n. 31, 2017.

QUINTELA, Débora Françolin. O movimento de mães Aprovado: 05.08.21 contra a violência policial nas periferias brasileiras. **Revista Sociedade e Estado**, v.36, n. 3,2021.

SILVA, Rodolfo Kredens. Uso da força: diferenciação necessária da compreensão de violência. **Brazilian Journal of Development**, v.8, n.2, 2022.

SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019. 293p.
PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TREVISAN, Luís Antônio Pittol; CANEIRO, Amanda Maciel; ROCHA, Arlindo Carvalho. O efetivo da Polícia Militar de Santa Catarina: Análises e reflexões. **Revista Eletrônica de Estratégia & Negócios**, v. 13, n. 1, 2020.

VIANNA, Túlio. A militarização não é boa para o policial e é péssima para o cidadão. **Revista Fórum**. Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/brasil/2013/7/2/tulio-vianna-a-militarizacao-no-boa-parapolicial-pessima-para-cidado-6977.html>>. Acesso em: 26 de março de 2022.

PROLEGÔMENOS DE FRANCÊS JURÍDICO

THIAGO DOS SANTOS ROCHA: Graduado em Direito. Especialista em Direito do Consumidor, Direito Constitucional Aplicado e Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Autor de livros na área de Direito Médico, publicado pela editora Lumen Juris.

Resumo: O presente texto tem por objetivo mostrar algumas ideias iniciais de como deve ser abordado o francês jurídico. Os prolegômenos não devem adentrar imediatamente nos termos técnicos inerentes ao cotidiano dos tribunais, pois tais estudos mais avançados demandam conhecimentos prévios do vocabulário básico, das noções de alfabeto e de pronúncia, o que se dará aqui por meio de explicações por meio de frases com traduções e, ao final, por meio de citações diretas de artigos científicos para consolidação do que foi explanado.

Palavras-chave: Comunicação jurídica. Francês jurídico. Tradução. Direito. Diplomacia.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto tem por objetivo apresentar de maneira sucinta as noções iniciais do francês jurídico. Alfabeto, pronúncia e frases com traduções explicando as comparações entre os sons do francês e do português serão expostos, além da apresentação das palavras mais básicas desse léxico voltado ao público jurídico.

2 L'ALPHABET EN FRANÇAIS

O Alfabeto da língua francesa é constituído pelas mesmas letras da língua portuguesa. É importante fazer essa comparação, pois existem idiomas, como o alemão, que contêm letras que não existem no português. É importante destacar, desde logo, que existe uma peculiaridade no francês: a letra "y" é uma vogal. Abaixo estão listadas as letras do alfabeto com as respectivas pronúncias.

A – á

B – bê

C – cê

D – dê

E – ôê (mistura do O com o E com a boca fechando)

F – éf

G – jê

H – háche

I – i

J – ji

K – ká

L – él

M – êm

N – ên

O – ô

P – pê

Q – kiu

R – ér

S – éss

T – tê

U – iu (mistura do I com o U, fazendo a boca fechar)

V – vê

W – double vê

X – íks

Y – i gréc

Z – zéd

3 LES SIX VOYELLES DU FRANÇAIS: L'INCLUSION DE LA LETTRE « Y »

As vogais em francês são seis: "a", "e", "i", "o", "u" e "y".

O "a", sempre tem som de "a", assim como no português, independentemente de estar ou não acentuado. Exemplo : "Aujourd'hui, le juge ne **travail pas grâce à la** mort de son père" (Hoje, o juiz não trabalha em virtude da morte de seu pai).

A vogal "i" também sempre terá som de "i", como no português. Mesmo que esteja acentuada. Exemplo: "**I**l est le **meilleur** avocat de cette **ville**" (Ele é o melhor advogado desta cidade).

Outro exemplo: "São Luís est une **île** située au nord-est du Brésil" (São Luís é uma cidade localizada no nordeste do Brasil).

A vogal "o" pode ter o som de "ô" ou de "ó", e isso vai depender de qual seja a palavra que se está pronunciando. Exemplo em que o "o" tem o som fechado: "Il est **trop** en retard pour se faire présent à la conférence" (Ele está bastante atrasado para se fazer presente na conferência).

Mais um exemplo em que o "o" tem o som fechado: "Nous avons perdu le **nôtre**" (Perdemos o nosso).

Exemplo em que o "o" tem o som aberto: "Le fils du juge, il est **notre pote**, alors nous devons quitter cette salle" (O filho do juiz, ele é nosso amigo, de forma que devemos sair da sala).

O "y" sempre tem som de "i", como no português.

Exemplo: "Il **y** a plusieurs documents au-dessus de la table" (Há vários documentos sobre a mesa).

Quanto ao "u", deve-se pronunciá-lo como uma espécie de mistura entre o "i" e o "u", fazendo-se a boca fechar. Independentemente de estar ou não acentuado.

Exemplo: "Le français **juridique** est très **utile** pour les professionnels **du** Droit" (O francês jurídico é bastante útil aos profissionais do Direito).

A letra "e" pode ter três sons, que corresponderiam a uma mistura do "o" com "e", num primeiro caso; que seria o equivalente ao "é", num segundo caso; e, por último, o som correspondente ao "ê" da língua portuguesa.

Dessa forma, quando estiver sozinho, o "e" tem o som misto de "o" e "e".

Exemplo: "**Le** français **juridique** est très utile" (O francês jurídico é bastante útil).

O "e" terá som de "é" quando estiver acentuado de acento grave ou acento circunflexo.

Exemplo: "Le français juridique est **très** utile, il fonctionne comme une **espèce** de **fenêtre** pour les étudiants" (O francês jurídico é bastante útil, funciona como se fosse uma janela aos estudantes).

Quando o "e" estiver acentuado com o acento agudo, quando estiver acompanhado de "r", "z", "t", terá o som de "ê" da língua portuguesa.

Exemplo: "La porte de la salle est **liée** à la cuisine du tribunal. **Lisez** les instructions pour bien l'**utiliser**" (A porta da sala está conectada à cozinha do tribunal, leia as instruções para bem utilizá-la.).

Exemplo: "C'est l'heure de **fermer** les portes" (Está na hora de fechar as portas).

Exemplo: "**L'effet cliquet** des droits humains" (O efeito catraca dos direitos humanos).

Exemplo: "Le consommateur a **acheté** le **billet**" (O consumidor comprou o bilhete).

Finalmente, o "e" também pode ser mudo, no final de palavras.

Exemplo: "Mon **pote**" (Meu amigo).

Exemplo: "Le **juge**" (O juiz).

Exemplo: "Liée" (Conectada).

Exemplo: "Le français **juridique** est très **utile**" (O francês jurídico é bastante útil).

4 LA PRONONCIATION DES VOYELLES QUAND ELLES SONT ACCOMPAGNÉES DE « N » OU « M »

Quando as vogais estão acompanhadas de "n" ou "m", ocorre uma pequena variação de pronúncia com relação à língua portuguesa. No português, o falante pronuncia, de fato, o "n" ou "m", a exemplo das palavras "cantam", "perfuram", "disseram", "onda". No francês, o som dessas letras "n" e "m" será suprimido para que se ouça apenas a correspondente vogal com nasalização. Assim, a palavra, "brillant", por exemplo, deve ser pronunciada "briã". Outro exemplo seria a palavra "son", que deve ser pronunciada "sõ".

Exemplo: "**Un** jour **dans** lequel nous **pourrons** perdre la peur d'être considérés délinquants" (Um dia em que poderemos perder o medo de ser considerados delinquentes).

Exemplo: "**On** est trop en retard pour **accompagner Lucienne**" (Estamos bastante atrasados para acompanhar Lucienne).

Exemplo: "Une **amplification** du **son** de l'**interception** téléphonique" (Uma amplificação do som da interceptação telefônica).

5 LES VOYELLES QUI FONT DES COMBINAISONS

As **vogais "au"** juntas formam o som de "ô".

Exemplo: "**Au** même temps, c'est dangereux de tenter modifier le contexte des épreuves" (Ao mesmo tempo, é perigoso tentar modificar o contexto das provas).

Exemplo: "Donnez-moi de l'**eau**, s'il vous plaît" (Dê-me um pouco de água por favor).

As **letras "ai"** formam juntas o som de "é" em francês.

Exemplo: "**Mais** je ne **sais** pas comment sortir d'ici" (Mas eu não sei sair daqui).

Exemplo: "La démocratie est liée à la notion de la sélection **populaire** de ceux qui seront les députés et les sénateurs" (A democracia está ligada à noção de seleção popular daqueles que serão os deputados e senadores).

Existem casos em que essa pronúncia do "ai" não se dá da forma como foi explanada acima. São as situações em que o "ai" tem um trema no "i", fato que demonstra que esse "i" deve ser pronunciado isoladamente. Além disso, existem as hipóteses em que o "ai" se faz acompanhar de "ll", fato que faz com que o "i" também deva ser pronunciado isoladamente.

Exemplo: "La victime a été très **naïve**" (A vítima foi muito ingênua).

Exemplo: "Elle a sorti ce matin et elle m'a dit qu'elle allait **travailler**" (Ela saiu nesta manhã e me disse que iria trabalhar).

As **vogais "ay"** juntas formam o som de "ei".

Exemplo: "Le **pays** est beau" (O país é bonito).

Exemplo: "Elle a fait le **payment** des frais judiciaires" (Ela fez o pagamento das despesas judiciais).

As **letras "ou"**, no francês, têm o som do "u" da língua portuguesa.

Exemplo: “**Pourriez-vous** contacter les analystes juridiques?” (Você poderia contatar os analistas jurídicos?).

As **letras “oi”**, no francês, têm som de “uá” da língua portuguesa.

Exemplo: “**Moi**, je ne vais pas attendre l’arrivée de l’avocat” (Eu não vou esperar a chegada do advogado).

Exemplo: “L’esprit des **lois**” (O espírito das leis).

As **vogais “oy”** juntas formam o som de “uai”.

Exemplo: “Les droits des **employés** contre les abusés pratiqués par les **employeurs**” (Os direitos dos empregados contra os abusos praticados pelos empregadores).

As **letras “eu”** têm som daquilo que seria uma mistura entre um “o” e um “e”, num tom fechado, mas terão o som de “o” e “e”, num tom mais aberto, se estiverem acompanhadas de “r” ou “l”.

Exemplo: “Il a **peu** de la patience avec les professionnels débutants” (Ele tem pouca paciência com profissionais iniciantes).

Exemplo: “Il y avait **deux serviteurs** de la justice dans l’édifice” (Havia dois servidores da justiça no edifício).

Exemplo: “Elle a **peur** de me regarder, je ne sais pas la raison” (Ela tem medo de me ver, não sei o motivo).

Exemplo: “Il était tout **seul** à la fête” (Ele estava sozinho na festa).

6 L’ABSENCE DE LA PRONONCIATION

Em geral, as letras D, T, S, P, X e Z não são pronunciadas quando estão no final de uma palavra.

Exemplo: “Le juge n’était pas d’**accord** avec la jurisprudence la plus récente de la Cour Suprême” (O juiz não estava de acordo com a jurisprudência mais recente da Suprema Corte).

Exemplo: “Il est un **grand** professionnel, le plus connu à notre temps” (Ele é um grande profissional, o mais conhecido de nossos tempos).

Exemplo: “Il a **tout** caché de son employeur pour qu’il **pût** continuer à travailler dans l’entreprise” (Ele escondeu tudo de seu chefe para que pudesse continuar a trabalhar na empresa).

Exemplo: “Il y avait **beaucoup** de choses à éclairer dans la procédure judiciaire” (Havia muitas coisas a esclarecer no processo judicial”).

Exemplo: “**Deux** avocats ont travaillé dans la cour pour **eux**” (Dois advogados trabalharam no tribunal para eles).

Exemplo: “Nous défendons droits **égaux** pour les hommes et les femmes” (Nós defendemos direitos iguais para homens e mulheres).

Exemplo: “Allison est finalement arrivé **chez** lui” (Patrick finalmente chegou em casa).

Exemplo: “**Après** la réunion, **appelez**-moi, s’il **vous plaît**” (Depois da reunião, ligue-me, por favor).

Nos verbos, a terminação –ENT não deve ser pronunciada.

Exemplo: “Ils **fournissent** des informations précieuses aux avocats” (Eles fornecem informações preciosas ao advogados).

Exemplo: “Elles **prennent** en compte le contexte économique” (Elas levam em consideração o contexto econômico).

7 QUELQUES DIFFÉRENCES ENTRE LES CONSONNES DANS LE PORTUGAIS ET LA LANGUE FRANÇAISE

O R sempre tem som do dígrafo rr da língua portuguesa. No Brasil, ocorre de forma diversa, pois a depender da região onde esteja o falante, o sotaque com relação ao R varia (variação linguística).

Além disso, o R, no Brasil, pode ser pronunciado tanto como em “rei” (som oriundo da garganta) como em “poderá” (som oriundo da língua). No francês ocorre de forma diversa: o som do R é sempre o mesmo do dígrafo rr.

Exemplo: “Il est **professeur** de **Droit** Constitutionnel” (Ele é professor de Direito Constitucional).

Exemplo: “Elle a donné un **soupire** après le résultat de son procès” (Ela deu um suspiro depois do resultado do seu processo).

Depois da vogal E, o R não deve ser pronunciado (regra já trabalhada acima). Há exceções, como ocorre com a palavra "hier".

Exemplo: "Il avait pour l'habitude **voler** les objets de ces parents" (Ele tinha o costume de roubar os objetos de seus pais).

O **L no final das palavras** tem, no francês, um som que corresponderia a um L prolongado no português.

Exemplo: "**Il** a utilisé le **pluriel** dans son texte" (Ele usou o plural no seu texto).

Exemplo: "La foire **central** de la ville était très bruyante" (A feira central da cidade era muito barulhenta).

Se for **ILL na palavra**, pronuncia-se como um L prolongado, juntando-se com o som da vogal seguinte. Exceções: "ville", "mille", "tranquille".

Exemplo: "Je vais à **Marseille**" (Vou a Marseille).

Exemplo: "Elle n'aime pas **travailler**" (Ela não gosta de trabalhar).

As **consoantes GN**, juntas, formam o som do NH do português.

Exemplo: "Elle est **digne** de confiance" (Ela é digna de confiança).

Exemplo: "**Ignorez**-les, ils sont tous perdus" (Ignore-os, são uns perdidos).

Quando o **T está na frente do I e depois ainda existe outra vogal**, ele terá som de S.

Exemplo: "La **nation** fait confiance au nouveau président de la République" (A nação confia no novo presidente da República).

Exemplo: "Compétences **essentielles** pour cette charge publique" (Competência essenciais para este cargo público).

O X tem sempre som de KS ou de GZ. Já no português, tem som de CH, Z OU KS.

Exemplo de X com som de KS: "Je ne sais pas **expliquer** ce qu'il s'est passé (Não sei explicar o que aconteceu).

Exemplo de X com som de GZ: “La **xénophobie** en France a augmenté à cause des migrations” (A xenofobia na França aumentou por causa das migrações).

Exemplo: “J’**examine** ton cas” (Examinarei seu caso).

8 EXEMPLOS DE TEXTOS JURÍDICOS E ACADÊMICOS EM LÍNGUA FRANCESA

Colocando em prática os ensinamentos acima expostos, veja-se texto do célebre autor Jacques Chevalier, acerca do Estado de Direito e das relações internacionais:

Le thème de l’État de droit a connu, à partir des années 1980, une étonnante mutation: alors qu’il s’agissait d’un concept juridique au contenu éprouvé, poli par des générations de juristes, il s’est trouvé brusquement propulsé sur la place publique, en étant investi de significations nouvelles; transformé en figure imposée du discours politique, il est devenu une référence incontournable, un des attributs nécessaires de l’organisation politique. Cette promotion n’a pas été dénuée de portée concrète: l’État de droit n’est pas une simple figure rhétorique, construite à des fins de légitimation. Doté de force agissante, le discours de l’État de droit a alimenté un double mouvement de réévaluation du rôle de l’Etat et du jeu des mécanismes démocratiques. Ces effets ne se situent pas seulement dans l’ordre interne: non seulement le thème de l’État de droit s’est mondialisé, mais encore il bénéficie, depuis le début des années 1990, d’une consécration explicite sur le plan international: inscrit dans une série de textes et de documents internationaux, il est désormais érigé en véritable «standard», auquel tout État est tenu de se confirmer. (CHEVALIER, 2006, p. 4).

Também para exemplificar, leia-se trecho de artigo de autoria de Jean-François Brunelière e Clarissa Laus Pereira Oliveira, acerca dos métodos de ensino de língua francesa:

La seconde étape importante, qui a lieu dès le premier cours, après la phase d’explication initiale du fonctionnement général du cours, consiste à définir la problématique qui sera travaillée tout au long du semestre. A ce moment précis, le professeur ne sait pas encore quelle sera la problématique travaillée, le choix appartenant réellement aux élèves. Dans le cas du groupe avec lequel nous avons travaillé durant ce stage, la méthode retenue pour faire émerger une problématique allant au-delà d’une simple thématique a été de proposer aux élèves de se réunir par groupe de trois et de noter (en portugais, puisque

les élèves n'ont pas les éléments linguistiques pour expliquer cela en français) les questions qui les intéressent le plus, dans leur vie « réelle », sans que cela n'ait nécessairement de lien avec l'école. La présentation de la problématique sous forme de question, plutôt que le simple énoncé d'un thème, oriente déjà la suite du travail vers un mode de production axé sur la recherche. Si au lieu de penser à étudier « les abeilles », par exemple, les élèves proposent de répondre à la question « pourquoi les abeilles ont-elles besoin de produire du miel ? », la réflexion est déjà en marche et les perspectives d'explorations à partir de cette question sont démultipliées. (BRUNELIÈRE; OLIVEIRA, 2016, p. 106).

Por último, veja-se como exemplo trecho de artigo de Lokman Demirtas e Hüseyin Gümüş, também versando sobre as metodologias de ensino para o FRANÇAIS LANGUE ÉTRANGÈRE (FLE), o que muito interessa aos aprendizes do francês jurídico.

Cette recherche démontre qu'une synthèse sur le traitement et la pédagogie de l'erreur en didactique des langues étrangères ne serait pas complète sans que l'analyse et l'interprétation d'erreurs ne soient abordées à l'écrit. Dans cette optique, en nous appuyant sur tout ce qui est précédent, il est possible de dire que l'erreur existe à tout moment de l'apprentissage. De plus, elle est omniprésente. Mais, l'essentiel est qu'il faut la concevoir comme un outil d'aide pour enseigner ainsi qu'un moyen d'apprendre et de progresser en langue étrangère. C'est pourquoi tout au long de cette recherche, nous avons tenté de faire le point sur l'importance du traitement et de la pédagogie de l'erreur à l'écrit, et de présenter les paramètres à prendre en considération lors du parcours d'apprentissage en fonction des objectifs fixés ou prévus à l'avance. C'est parce qu'il est évident qu'il s'agit généralement d'une certaine incapacité à écrire chez les apprenants du fle qui n'est pas aussi phonétique que le turc, ou à tout le moins d'une maladresse telle dans l'activité d'expression écrite qui devient préoccupante pour les enseignants n'ayant toujours pas les mêmes attitudes pédagogiques face aux erreurs dans les écrits d'apprenants (DEMIRTAS; GÜMÜS, 2009, p. 136).

9 CONCLUSÃO

A exposição apresentou vocabulário básico de francês jurídico, para que se possa avançar, posteriormente, para etapas de estudos mais detalhados. Com auxílio de

dicionários jurídicos, leituras de textos acadêmicos em francês da área do Direito, gramáticas de língua francesa, bem como livros da área de Linguística, serão trabalhados os aspectos da comunicação jurídica em língua francesa em publicações vindouras.

Desde já, deixam-se como recomendações de leitura à comunidade jurídica as seguintes obras:

- **Direito francês e direito brasileiro**: perspectivas nacionais e comparadas. Coordenadores: Michel Fromont et al. São Paulo: Saraiva, 2017.

- **Dicionário Jurídico Português-francês**. Autor: Óscar Manuel Aires Lopes. Coimbra: Almedina, 2019

- **Os meandros da tradução jurídica numa perspectiva franco-brasileira**. Autor: Rosane Mavignier Guedes. Jundiaí: Paco Editorial, 2014.

- **Nouvelle grammaire du français**: cours de civilisation française de la Sorbonne. Autores: Y. Delatour et al. Paris: Hachette, 2004.

REFERÊNCIAS

BRUNELIÈRE, Jean-François; OLIVEIRA, Clarissa Laus Pereira. La pédagogie de projet en cours de FLE : expérience dans un collège brésilien. **Revista Letras Raras**, v. 5, ano 5, n. 3, 2016, p. 100-114.

CHEVALIER, Jacques. État de droit et relations internationales. **Revista AFRI**, v. VII, 2006, p. 4-17.

DEMIRTAS, LOKMAN; GÜMÜS, Hüseyin. De la faute à l'erreur: une pédagogie alternative pour améliorer la production écrite en FLE. **Revista Synergies**, n. 2, 2009, p. 125-138.