

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1031

(Ano XIII)

(31/07/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

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.

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, 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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



A tributação pelo IR das sociedades civis de profissionais liberais

Kiyoshi Harada, 08.

ARTIGOS

STJ estabelece parâmetros para a colmatação das lacunas deixadas pelo pacote anticrime na progressão de regimes

Eduardo Luiz Santos Cabette e Francisco Sannini, 13.

A imunidade tributária dos templos de qualquer culto: um instrumento do crime

Pedro Baptista da Silva, 23.

A estabilidade do art. 19 do ADCT e a efetividade no serviço público

Alexandre Guilherme Pino da Silva Filho, 51.

A depressão de profissionais de telemarketing como acidente de trabalho

Letícia Cristina Pereira Starling e Gabriela Oliveira de Brito, 73.

A tormentosa quantificação dos danos morais: a inconstitucionalidade do sistema tarifário na antiga lei de imprensa e a norma trabalhista de 2017

Joyci Agostini da Silva, 89.

A evolução do direito do deficiente

Gabriel Henrique Revez de Oliveira, 106.

A Necessidade de Tributação do Imposto de Renda nas Operações que Gerem Ganho de Capital com Criptomoedas

Victor de Moraes Barbosa Alencar, 120.

Súmula Vinculante: a questão

Isys Gabriela Leite Martins Dantas, 139.

Direitos e garantias fundamentais aplicáveis ao indiciado durante o inquérito policial

Wattila Teodoro da Silva, 161.

A divisão de despesas condominiais e o enriquecimento sem causa: Rateio por fração ideal ou por unidade condominial?

Ester Carolyne da Silva Reis e Gustavo Júnio Moraes de Aquino, 181.

Os conflitos de entendimentos entre Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e o poder Judiciário nos casos de procedimentos de pós bariátrica

Marcella de Mello Alves da Cruz e Gabrielle Fernanda De Oliveira Paixão, 206.

Impactos do assédio moral nas relações de trabalho e mecanismos de combate

Jônatas Cordeiro Rocha, 238.

Vetos derrubados da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Jandeson da Costa Barbosa, 253.

A Aplicabilidade da Prova Ilícita na Persecução Penal

Christopher Rodrigues de Oliveira e Marcos Henrique Caldareli Tavares, 260.

Os impactos do poder arbitrário da polícia na sociedade

Samara Fernanda Silva Simião, 281.

Benefícios da suspensão condicional da pena

Geyci Carla Britto de Souza, 296.

Análise econômica da Lei nº 14.125/2021

Eduardo Alves Walker, 312.

Análise da seletividade penal: quem são os alvos de coerção do Sistema Judiciário?

Geovanni Elifas Gouveia de Almeida, 327.

A precariedade do sistema prisional como causa efeito na reintegração do apenado à sociedade

Isabella Carolina de Souza Dias e Rayanne Carolina, 350.

A Responsabilidade civil dos Notários e Registradores à luz da Lei nº 13.286 de 10 de maio de 2016

Abraão Almeida Dos Santos Bezerra, 386.

Da possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo após o descumprimento das condições da transação penal

Jáder De Medeiros Mariz Neto, 406.

Análise sobre a necessidade do elemento subjetivo para a caracterização da legítima defesa

Fernando Dias, 435.

A TRIBUTAÇÃO PELO IR DAS SOCIEDADES CIVIS DE PROFISSIONAIS LIBERAIS

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista(2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

As sociedades civis de profissionais liberais podem optar por três regimes tributários: a) pelo lucro real mediante dedução de despesas feitas na percepção de rendas com a faculdade de compensar eventuais prejuízos do período; b) pelo regime do SIMPLES Nacional desde que limitado ao faturamento anual de até R\$ 4.800 milhões.

Nesse regime a distribuição de dividendos por micros e pequenas empresas está isenta na forma do art. 14 da LC nº 123/2006; c) finalmente temos o regime do lucro presumido tributado com base em 32% em média do faturamento mensal, adotado pela maioria das sociedades civis de profissionais liberais pela sua simplicidade e segurança jurídica, apesar de ser bem mais oneroso do que o regime de apuração do lucro real que exige escrituração contábil e fiscal, sendo difícil de saber o que pode ser deduzido e o que não pode, tendo em vista a flutuação da legislação a respeito.

O projeto nº 2337/2021 em tramitação acelerada na Câmara dos Deputados extingue a isenção dos dividendos distribuídos pelas empresas do SIMPLES e tributa os dividendos percebidos pelos sócios/acionistas de forma indistinta.

Examinemos separadamente essas duas questões.

A extinção da isenção outorgada pela Lei Complementar nº 123/2006

O Ministro da Economia, em sua equivocada exposição de motivos, sustenta que o art. 14 da Lei Complementar nº 123/2006 que prevê a isenção da distribuição de lucros “não é materialmente complementar, uma vez que, não se tratando de tributação da renda do optante pelo regime especial, mas sim do seu sócio, não está sujeita àquela espécie normativa, conforme prescrição da alínea “d”, do inciso III, do art. 146 da Constituição Federal”.

Data máxima vênia, o ilustrado Ministro foi muito mal assessorado pelo jurídico do Ministério. Não se trata de isenção subjetiva para favorecer os sócios das micro e pequenas empresas, conforme se verifica da transcrição do citado art. 14, *in verbis*:

“Art. 14. Consideram-se isentos do imposto de renda, na fonte e na declaração de ajuste do beneficiário, os valores efetivamente pagos ou distribuídos ao titular ou sócio da microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, salvo os que corresponderem a pró-labore, aluguéis ou serviços prestados.”

O dispositivo transcrito estabelece com lapidar clareza uma isenção objetiva, isto é, a isenção recai sobre valores pagos ou distribuídos pela microempresa ou empresa de pequeno porte, tal como definido no art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006. Não incide sobre os valores percebidos, mas sobre os valores pagos.

Daí a inconstitucionalidade formal da proposta legislativa, nesse particular, pelo atropelo da regra constitucional segundo a qual a lei complementar só pode ser alterada ou revogada por outra lei complementar.

A tributação dos dividendos distribuídos pelas sociedades civis de profissionais liberais

As sociedades profissionais normalmente operam sob o regime de sociedade uniprofissional– SUP – efetuando o pagamento do ISS por meio de alíquota fixa. Neste regime os sócios prestam serviços sob forma de trabalho pessoal, não podendo ter como sócias pessoas jurídicas.

A legislação nacional do ISS favorece os profissionais liberais e as sociedades civis por eles formadas no pressuposto de que prestam serviços relevantes à sociedade em geral, distinguindo-se das demais profissões ou ofícios. Por isso, no caso de advogados, por exemplo, o Estatuto da Advocacia prescreve que no ministério privado o Advogado presta serviço público. E a Constituição Federal em seu art. 133 dispõe que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos termos da lei”.

Contudo, o PL nº 2337/2021 que reformula o IR institui a tributação de 20% sobre os dividendos distribuídos pelas sociedades civis de profissionais liberais equiparando-as aos dividendos distribuídos a acionistas de grandes corporações multinacionais, sem prejuízo da tributação da sociedade.

Ora, os acionistas majoritários, donos de empresas de porte, ou os acionistas que investem nas bolsas de valores percebem os dividendos, não como frutos do seu trabalho pessoal, mas, como resultado do capital empregado ou como resultado de atividade meramente especulativa. Quem compra milhares de ações, por exemplo, da Microsoft, da Amazon, da Ford, da Mitsubishi, do Vale do Rio Doce etc., não concorre com o seu trabalho para auferir ganhos. Apenas aplica seu capital no mercado de ações para auferir lucros sem trabalhar. O acionista majoritário, dono de empresa, igualmente, auferir lucros com a exploração de trabalho alheio, quer seja, dos milhares de trabalhadores que emprega.

Os sócios de sociedades civis de prestação de serviços profissionais (advogados, médicos, contabilistas, engenheiros, dentistas, economistas etc.) propiciam ganhos para as sociedades; por meio da prestação pessoal de serviços, assumindo a responsabilidade técnica pessoal pelos serviços prestados, na forma da lei de regência da matéria. Ainda que prestado por intermédio de sociedades civis nada difere do serviço prestado pessoal e individualmente. Se um sócio médico, por exemplo, causa a morte de um paciente por negligência ele responderá pessoalmente, civil e criminalmente. O mesmo acontece com o advogado, quando comete um erro técnico, hipótese em que deverá responder civilmente para a reparação do dano, não importando que o serviço tenha sido prestado por intermédio da sociedade de advogados.

Na verdade, nesses casos a tributação das sociedades civis pelos ganhos auferidos representa mera antecipação do imposto de renda devido pelo sócio, pelo que descabe a cogitação de isenção em relação aos sócios, sujeitando-se apenas ao ajuste final em cada período de recolhimento. É como se estivesse retendo na fonte o *pro labore* percebido pelo sócio. A sociedade civil é mera ficção jurídica. Do ponto de vista material sociedade e sócio se confundem. Um casal de médicos, de advogados, de engenheiros etc. que funda uma sociedade civil de prestação de serviços não pode ser equiparada a uma empresa multinacional. A tributação do sócio representa a odiosa bitributação econômica. E mais, como remuneração do trabalho pessoal do sócio, ainda que percebida em forma de "dividendos" por força de legislação vigente, na realidade, essa tributação deveria limitar-se a 27,5% que é a alíquota máxima prevista na tabela do imposto progressivo das pessoas físicas, com prévia dedução do que tiver sido pago pela pessoa jurídica.

Nos países integrantes da OCDE que tributam tanto a pessoa jurídica, como a pessoa física, nenhum deles trata essas duas tributações como autônomas e independentes, mas, como tributações interligadas, promovendo a dosagem de alíquotas de um e de outro, a fim de que a soma delas não ultrapasse o limite do razoável.

O projeto sob análise tributa o sócio com 20% e a pessoa jurídica com 23,65% (12,5% de IR + 9% de CSLL + 2,15% de adicional) que somadas chegam ao escorchanto percentual de 43,65%, a mais cara tributação da renda do mundo. O que é pior, somada à

alíquota de 60% incidente sobre o consumo o totaliza 103,65% a título de tributação da renda e do consumo.

Atendendo parcialmente aos reclamos da classe empresarial, o Relator do projeto reduziu à alíquota do IRPJ de 15% para 5% e 2,5%, respectivamente, para os exercícios de 2022 e 2023.

Mesmo assim continuaríamos com a maior tributação do mundo. Senão vejamos: 5% de IR + 9% de CSLL + 1,40 de adicional + 20% de dividendos = 34,40%. Somente para ilustrar, nos Estados Unidos a tributação da renda é de 28%, e a do consumo é de 18%, totalizando 46% contra a tributação no Brasil de 103,65%, ou de 90,40% se considerada a alternativa do substitutivo apresentado pelo Relator.

Ao igualar situações desiguais, o projeto sob análise afronta o princípio constitucional da igualdade, protegido em nível da cláusula pétrea. Nem é razoável igualar o sócio de uma sociedade de advogados, por exemplo, com dois sócios, com um acionista majoritário de uma gigantesca multinacional com milhões de acionistas.

A emenda do relator agravou a afronta ao princípio da isonomia ao isentar os dividendos distribuídos pela controladora às empresas controladas, e agora, a distribuição feita, também, entre as coligadas, uma opção fora do alcance das sociedades civis de prestação de serviços profissionais.

Por fim, outra inconstitucionalidade existe afrontando o princípio constitucional da irretroatividade (art.150, III, *a* da CF). O projeto sob exame determina sua aplicação a partir do exercício de 2022 sem ressaltar os lucros auferidos em 31-12-2021. Irá gerar litígio judicial, com certeza.

Por tudo isso merece ser revisto esse projeto inconstitucional formal e materialmente como visto, que aumenta o IR no pior momento econômico que estamos atravessando, por conta da pandemia avolumando o contingente de desempregados como nunca, além de afugentar a entrada de capital estrangeiro no país.

Não se sabe por que razão deve mexer com tanta urgência naquilo que vem dando certo. Parece rezar com a cartilha: é proibido dar certo!

Se querem fazer justiça fiscal devem seus autores começar alterando a violenta e desumana tributação sobre o consumo, que atinge de forma linear os ricos e os pobres com a escorchante alíquota que chega a 60% dos preços das mercadorias e produtos que compõem a cesta básica.

O certo mesmo seria arquivar essa proposta do governo, para sua reapresentação em outros termos e em outro momento, depois de superada a crise decorrente da pandemia e depois de aprovada a reforma administrativa que implicará a redução do “Custo Brasil”.

STJ ESTABELECE PARÂMETROS PARA A COLMATAÇÃO DAS LACUNAS DEIXADAS PELO PACOTE ANTICRIME NA PROGRESSÃO DE REGIMES

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

FRANCISCO SANNINI.

(coautor)

Os crimes hediondos e equiparados, na redação original da Lei 8.072/90, já tiveram regime “integral” fechado, ou seja, não havia progressão de regime. Acontece que tal sistema foi considerado inconstitucional por violação da individualização da pena, mais especificamente em sua fase executória, conforme evolução jurisprudencial (STF, HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006, DJ de 1º.09.2006).

Daí surge a Lei 11.464/07, alterando o regime de pena por crimes hediondos e equiparados para “inicialmente” fechado, com direito à progressão ao regime menos gravoso, mediante o cumprimento de ao menos 2/5 da pena para primários e de 3/5 da pena para reincidentes. Essa lei deu nova redação ao artigo 2º. e §§1º. e 2º., da Lei 8.072/90.

A partir da citada decisão do STF e da Lei 11.464/07, muito se discutiu, até a Edição da Súmula Vinculante 26, se tal inovação legislativa poderia ou não ser aplicada aos autores de crimes hediondos ou equiparados antes de sua entrada em vigor, tendo prevalecido o entendimento de sua irretroatividade.

Todas essas regras legais, porém, são revogadas expressamente pela Lei 13.964/19, mais conhecida como “Pacote Anticrime”, quando o seu artigo 19 anuncia a revogação

total do §2º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90, pois era ali que essas normativas de progressão de regime estavam perfiladas. Portanto, o regime de progressão de 2/5 e 3/5 para crimes hediondos e equiparados não existe mais.

Isso significa que, doravante, a progressão de regime, seja para crimes hediondos e equiparados, seja para crimes comuns, se regula inteiramente pelo artigo 112, I a VIII, da LEP, que nos apresenta um regramento extremamente complexo e lacunoso, conforme demonstraremos abaixo:

a) Para os crimes comuns cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, a progressão se dá com o cumprimento de 16% da pena se o autor for primário e de 20% da pena se o autor for reincidente. A reincidência nesses casos é genérica (artigo 112, incisos I e II, LEP). Observe-se que para os primários neste tópico, a Lei 13.964/19 constitui *novatio legis in mellius*, já que antes o exigido seria o cumprimento de 1/6 da pena, o que resultaria em pouco mais do que 16%. Já para os reincidentes, anteriormente o requisito objetivo era também de cumprimento de 1/6, de modo que o patamar atual de 20% é *novatio legis in pejus*. Em conclusão, o inciso I do artigo 112 da LEP retroage e o inciso II não pode retroagir.

b) Para os crimes comuns cometidos com violência ou grave ameaça, a progressão se dá com o cumprimento de 25% da pena se o agente for primário e de 30% da pena se o agente for reincidente específico em infração penal dessa natureza (artigo 112, incisos III e IV, LEP). Aqui o legislador deixou uma lacuna porque não tratou expressamente do caso do indivíduo reincidente não específico em crime violento ou marcado pela grave ameaça. Por exemplo, um sujeito que comete um crime violento, mas sua condenação anterior não é por crime violento. Não há previsão para o caso. A única solução é entender que esse reincidente genérico irá obter a progressão nos termos do artigo 112, III, LEP, cumprindo apenas 25% da pena, já que a parcela de 30% só tem base legal para aplicação em caso de reincidência específica em crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa

(inteligência do artigo 112, IV, LEP). Em todos esses casos, a LEP não fazia distinção do *quantum* para progressão, que era de 1/6. Portanto, são claramente casos de *novatio legis in pejus* sem força retroativa.

c) Nos casos de crimes hediondos ou equiparados, foco deste artigo, se o agente for primário, a progressão se dará mediante o cumprimento de 40% da pena (artigo 112, V, LEP). Antes disso a progressão se daria mediante o cumprimento de 2/5 da pena, o que equivale a exatamente os mesmos 40% agora previstos. Dessa forma a regra atual pode retroagir, pois que se trata de simples “continuidade normativo típica”.

d) Nos casos de crimes hediondos ou equiparados, ocorrendo resultado morte e sendo o agente primário, a progressão somente se dará mediante o cumprimento de 50% da pena (artigo 112, inciso VI, alínea “a”, LEP). Embora a Lei 13.964/19 não tenha alterado as regras do Livramento Condicional para crimes hediondos ou equiparados no artigo 83, CP, prosseguindo a exigência de cumprimento de 2/3 da pena e não reincidência específica em crimes da mesma espécie, prevê no dispositivo em estudo a vedação do Livramento Condicional para esses casos de crimes hediondos e equiparados com resultado morte. Por obviedade, também não terá direito ao livramento condicional o cumpridor de pena por crime hediondo com morte que seja reincidente genérico em crime não hediondo ou equiparado. Ora, se até mesmo o primário não tem direito ao livramento, o que dizer da condição do reincidente, mesmo que genérico?! A nova norma é, portanto, *novatio legis in pejus*, pois aumenta o requisito temporal de progressão e veda o Livramento Condicional. Antes a progressão se daria com cumprimento de apenas 2/5 (equivalente a 40%) e não havia óbice ao Livramento condicional. Desse modo, o novo sistema não pode retroagir a casos pretéritos.

e) Também deverá cumprir 50% da pena para poder progredir aquele que exercer comando individual ou coletivo de organização criminosa estruturada para a prática de

crimes hediondos ou equiparados. Não se entende por que não há nesse caso vedação do Livramento Condicional. De qualquer forma, sendo atualmente considerado como crime hediondo o crime de organização criminosa voltada para a prática de crimes hediondos ou equiparados (artigo 1º., Parágrafo Único, V, da Lei 8.072/90, com nova redação dada pela Lei 13.964/19), a normatização atual constitui *novatio legis in pejus* pelos mesmos fundamentos acima delineados, tirante a questão da vedação do Livramento Condicional. Entendemos que, embora a alínea “b” seja silente, também será necessário, para sua aplicação e não outra mais rigorosa, que o agente seja primário, tal qual ocorre na dicção expressa da alínea “a”. Ademais, há que perceber que somente terá a progressão mais rigorosa da alínea “b” do inciso VI, aquele que exercer liderança da organização. Não será todo participante ou componente de organização criminosa voltada para a prática de crimes hediondos que irá ser submetido a essa exigência maior para progressão. O componente ou participante de organização dessa espécie, que não seja responsável pela liderança ou comando, sendo primário, irá progredir normalmente com o cumprimento de somente 40% da pena, nos termos do artigo 112, inciso V, LEP.

f) No artigo 112, inciso VI, alínea “c”, LEP, também é prevista a necessidade de cumprimento de 50% da pena para os condenados pela prática do crime de constituição de milícia privada (artigo 288 – A, CP). Esse crime não é previsto como hediondo pela Lei 8.072/90, mesmo após as alterações promovidas pela Lei 13.964/19. O *nomen juris* do crime (“Constituição de Milícia Privada”), pode dar uma falsa impressão de que somente trata das milícias privadas, deixando lacuna quanto aos grupos de extermínio. Mas isso é apenas impressão. O tipo penal, em seu preceito primário, é redigido de forma bastante ampla, se referindo a quaisquer organizações paramilitares, milícias privadas, grupos ou esquadrões. Ademais, no próprio artigo 1º., da Lei 12.720/12, criadora do tipo penal em destaque, é explicitado que ela se refere “a crimes praticados por grupos de extermínio ou

milícias privadas". 1 Dessa forma o cumprimento de 50% da pena valerá tanto para aqueles que formem milícias privadas, grupos de extermínio, organizações paramilitares ou esquadrões clandestinos. Novamente se tem um caso de *novatio legis in pejus*. Antes da alteração pela Lei 13.964/19, a progressão poderia ocorrer com cumprimento de apenas 1/6 da pena, agora se exige 50%. Não há possibilidade de retroatividade.

g) Se o indivíduo for reincidente específico em crimes hediondos ou equiparados, para progredir de regime precisará cumprir ao menos 60% da pena (artigo 112, VII, LEP). Pode-se dizer que nesta situação houve continuidade normativo-típica, pois o reincidente sempre tinha de cumprir ao menos 3/5 da pena para progredir, mesmo antes da alteração da Lei 13.964/19, o que equivale a 60 %. Dessa forma, não há problemas com a retroatividade, pois que esta não é benéfica, mas também não é maléfica. Também nada se altera quanto ao Livramento Condicional, o qual já era vedado e continua sendo, por força do disposto no artigo 83, V, CP, tendo em vista tratar-se de reincidente em crimes hediondos ou equiparados. Nesse passo a Lei 13.964/19 não trouxe qualquer novidade ou alteração.

Uma lacuna, porém, surge: o que fazer se o indivíduo é condenado por crime hediondo ou equiparado e é reincidente, porém não em crime dessa natureza? Por exemplo, um sujeito é condenado por estupro, sendo reincidente, mas por causa de uma condenação anterior por furto simples. Essa situação não foi prevista pela lei e então a única solução é a aplicação da norma referente aos condenados por crimes hediondos, de acordo com o artigo 112, V, LEP, sendo o patamar de cumprimento exigido de 40%.

1 Cf. CUNHA, Rogério Sanches. Comentários à Lei 12.720, de 27 de setembro de 2012. Disponível em <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121815054/comentarios-a-lei-n-12720-de-27-de-setembro-de-2012>, acesso em 25.02.2020.

Embora nesse inciso mencionado se trate originalmente de agente primário, o reincidente não específico terá de ser ali enquadrado na impossibilidade de impor-lhe o tratamento mais gravoso que só é permitido ao reincidente específico em crimes hediondos ou equiparados. Nesse conflito, deve prevalecer a norma que melhor se adequa e que é mais benéfica para o infrator. Como antes, a progressão com 3/5 (equivalente a 60%) era aplicável tanto para reincidentes específicos, como para genéricos, no que tange aos genéricos, a Lei 13.964/19 criou *novatio legis in melius*, já que agora a progressão se dará com somente 40% da pena. Dessa maneira, há que retroagir a nova regulamentação para os casos ocorridos antes da vigência da Lei Anticrime. Aqui reside, talvez, um dos grandes lapsos do novo sistema, pois, na esteira de aumentar o rigor com autores de crimes hediondos, acabou beneficiando em grande escala não somente um condenado por crime hediondo, mas um reincidente que comete crime hediondo!

Vale destacar que esse foi o posicionamento por nós adotado logo após o advento do "Pacote Anticrime"², seja a respeito da lacuna da letra "b" (crimes comuns), seja da letra "g" (crimes hediondos) e que é agora encampado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.910.240-MG, senão vejamos:

PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). DIFERENCIAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA GENÉRICA E ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DOS LAPSOS RELATIVOS AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. LACUNA LEGAL. INTEGRAÇÃO DA NORMA. APLICAÇÃO DOS PATAMARES PREVISTOS PARA OS APENADOS PRIMÁRIOS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. PATAMAR HODIERNO INFERIOR À FRAÇÃO ANTERIORMENTE EXIGIDA AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Lei n. 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações no marco normativo referente aos lapsos exigidos para o alcance da progressão a regime menos gravoso,

² CABETTE, Eduardo. SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 2. Ed. Leme, São Paulo: Mizuno, 2021. p.232 – 235.

tendo sido expressamente revogadas as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 e estabelecidos patamares calcados não apenas na natureza do delito, mas também no caráter da reincidência, seja ela genérica ou específica. 2. Evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado, mas reincidentes genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da norma sob análise, de modo que, dado o óbice à analogia in malam partem, é imperiosa a aplicação aos reincidentes genéricos dos lapsos de progressão referentes aos sentenciados primários. 3. Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que de lege lata, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei n. 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benigna. 4. Dadas as ponderações acima, a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por estupro, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido - qual seja, de cumprimento de 40% das reprimendas impostas -, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos. 5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.³

Destaque-se, ainda, que também na esteira de nossa doutrina, quanto aos crimes comuns, estabeleceu o colegiado do STJ que:

(...) ao sentenciado que cometeu crime com violência contra a pessoa ou grave ameaça, mas não é reincidente em delito da

³ STJ, REsp 1910240/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/05/2021, DJe 31/05/2021.

mesma natureza – portanto, primário ou reincidente genérico –, deve ser aplicado o patamar de 25% de cumprimento da pena, como prevê o inciso III do artigo 112 da LEP. 4

h) Finalmente, prevê o artigo 112, VIII, LEP, a necessidade do cumprimento de 70% da pena para progressão em caso de reincidentes específicos em crimes hediondos ou equiparados com resultado morte. A mesma questão do tópico antecedente se apresentará se o autor for condenado por crime hediondo ou equiparado com resultado morte e for reincidente genérico, sendo o crime gerador da reincidência não hediondo. Porém, o patamar será agora aquele de 50%, conforme artigo 112, VI, “a”, LEP, devido à falta de previsão expressa do caso.

Observe-se que mais uma vez o STJ aponta para a solução preconizada em nossa doutrina, desta feita na letra “h” supra, pois que ficou estabelecido pelo colegiado que “para o apenado que cometeu crime hediondo ou equiparado com resultado morte, mas, igualmente, é primário ou reincidente genérico, será observado o requisito do inciso VI, “a”, do artigo 112 – ou seja, 50%”.5

Por outro lado, se o indivíduo for condenado por crime hediondo ou equiparado com morte e for reincidente específico em crime hediondo ou equiparado, mas este que gera reincidência não for marcado pela morte, a progressão se dará com 60% da pena, nos termos do artigo 112, VII, LEP, isso porque o artigo 112, VIII se aplica somente aos reincidentes específicos em crimes hediondos ou equiparados com morte.

4 TERCEIRA Seção define critérios para progressão penal de condenados com reincidência genérica. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/04062021-Terceira-Secao-define-criterios-para-progressao-penal-de-condenados-com-reincidencia-generica.aspx>, acesso em 09.06.2021.

5 TERCEIRA Seção define critérios para progressão penal de condenados com reincidência genérica. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/04062021-Terceira-Secao-define-criterios-para-progressao-penal-de-condenados-com-reincidencia-generica.aspx>, acesso em 09.06.2021. Vide em comparação nosso escólio em: CABETTE, Eduardo. SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 2. Ed. Leme, São Paulo: Mizuno, 2021. p.235.

A respeito desta última lacuna, o STJ não se manifestou ainda, mas se trata claramente de uma consequência necessária de todo o raciocínio jurídico que informou nossas conclusões doutrinárias e o posicionamento jurisprudencial em todos os casos antecedentes. É de se imaginar que num desdobramento coerente a solução desta última lacuna seja informada também na jurisprudência do STJ de acordo com nossas conclusões prévias, tal como ocorreu em todos os demais casos.

Note-se, ademais, que para os reincidentes específicos em crimes hediondos ou equiparados com resultado morte, a Lei 13.964/19 criou um sistema mais rigoroso, já que antes seria necessário o cumprimento de apenas 3/5 da pena (equivalente a 60%) e agora se exige 70%, de modo que não poderá haver retroatividade.

Configura-se, sem dúvida, *novatio legis in pejus*. O inciso VIII, do artigo 112, LEP veda expressamente em sua parte final o Livramento Condicional, mas essa disposição é redundante e supérflua, pois que tal já resultaria do que já vem disposto há tempos no artigo 83, V, CP, que impede o benefício para aqueles que são reincidentes específicos em crimes hediondos em geral, independentemente até mesmo da presença do resultado morte. Portanto, quanto a essa vedação do Livramento Condicional, ocorre tão somente “continuidade normativo típica”, podendo retroagir normalmente. Na verdade, sequer haverá necessidade de retroação, mas a simples aplicação natural do disposto no artigo 83, V, CP.

Pelo todo exposto, podemos concluir que o “Pacote Anticrime” foi extremamente falho ao estabelecer o novo regramento para a progressão de regime, seja pela sua complexidade, seja pelas lacunas aqui externadas e que, a toda evidência, ferem o princípio da proporcionalidade na sua perspectiva que proíbe a proteção deficiente.

Não obstante, o E. Superior Tribunal de Justiça não se furtou ao cumprimento de sua missão de apresentar critérios a conferirem algum norte de segurança jurídica para a

aplicação da legislação a casos lacunosos, que devem ser resolvidos com base na melhor doutrina, na analogia e nos princípios gerais do Direito, nos estritos termos do artigo 4º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto – Lei 4.657/42 com nova redação dada pela Lei 12.376/10).

REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo. SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 2. Ed. Leme, São Paulo: Mizuno, 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. Comentários à Lei 12.720, de 27 de setembro de 2012. Disponível em <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121815054/comentarios-a-lei-n-12720-de-27-de-setembro-de-2012> , acesso em 25.02.2020.

STJ, REsp 1910240/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/05/2021, DJe 31/05/2021.

TERCEIRA Seção define critérios para progressão penal de condenados com reincidência genérica. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/04062021-Terceira-Secao-define-criterios-para-progressao-penal-de-condenados-com-reincidencia-generica.aspx> , acesso em 09.06.2021.

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO: UM INSTRUMENTO DO CRIME

PEDRO BAPTISTA DA SILVA: Bacharelando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Servidor público do Estado do Amazonas.

ANANIAS RIBEIRO DE OLIVEIRA JUNIOR⁶

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho almeja analisar o instituto da imunidade tributária, especificamente aquela concedida aos templos de qualquer culto, como garantia constitucional do direito fundamental à liberdade de crença, e seu desfio de finalidade como ferramenta para a lavagem de dinheiro. Assim, será demonstrada a facilidade da abertura de igrejas no Brasil e a falta de controle quanto à contabilidade desses templos religiosos. Nesse contexto, evidencia a relação entre a imunidade dos templos religiosos e o crime de lavagem de dinheiro, que possibilita a integração à economia dos recursos de origem ilícita, com aparência de legalidade. Para alcançar a finalidade do projeto, adotou-se uma pesquisa cunho bibliográfico, exploratória e descritiva, fazendo uso de fontes doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas; no que tange à abordagem, utilizou-se a qualitativa.

Palavras-chave: Tributo. Liberdade religiosa. Imunidade tributária religiosa. Templos de qualquer culto. Abuso de direito. Lavagem de dinheiro.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the tax immunity doctrine, specifically that granted to temples of any denomination/religious group, as a constitutional guarantee of the Fundamental Right to Freedom of Belief, and its challenge as a tool for money laundering. Thus, the ease of opening churches in Brazil and the lack of control over the accounting of these religious temples will be demonstrated. In this context, it highlights the relationship between the immunity of religious temples and the crime of money laundering, which enables the integration of resources of illicit origin into the economy, with an appearance of legality. To achieve the project's purpose, a bibliographic, exploratory and descriptive

⁶ Professor de Direito Tributário na Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Advogado. Foi Procurador da Fazenda Nacional no Amazonas, Auditor Fiscal de Tributos do Município de Manaus e Procurador do Município de Manaus.

research was adopted, making use of doctrinal, jurisprudential and legislative sources; regarding the approach, the qualitative was used.

Keywords: Tribute. Religious freedom. Religious tax immunity. Temples of any denomination/religious group. Abuse of rights. Money laundering.

Sumário: 1. Introdução – 2. O poder de tributar – 3. Imunidades tributárias – 3.1 Imunidade tributária religiosa – 4. Conceito jurídico de “templos” e “culto” – 5. Organizações religiosas – 6. Registro contábil das instituições religiosas – 7. O crime de lavagem de dinheiro – 8. Casos de lavagem de dinheiro em instituições religiosas – 9. Considerações finais – 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) assegura como direito fundamental a liberdade de crença e consciência⁷ e, visando à proteção dessa garantia individual, concede imunidade tributária aos templos de qualquer culto⁸, expressão subjetiva que complica a sua aplicação. Este trabalho tem como objetivo analisar o alcance da norma imunizante e o desvio de sua finalidade como instrumento do crime.

Inicialmente, conceitua “tributos”, transitando pelas imunidades tributárias, até tratar especificamente da imunidade conferida aos templos de qualquer culto e suas peculiaridades.

Apresenta o instituto da imunidade tributária sob o entendimento de diversos doutrinadores e a situa na CF/88. Discorre acerca da definição de “templo de qualquer culto”, desmantelando essa expressão através da doutrina e da jurisprudência, o que se faz necessário para estabelecer a extensão do alcance da norma. Elucida a previsão do instituto na CF/88 e que a imunidade dos templos atinge apenas a espécie tributária do imposto.

Ainda, discorre que as entidades religiosas não podem se afastar de suas finalidades essenciais e não devem exprimir cunho econômico nem causar prejuízo à livre concorrência, sob o risco de perder a imunidade. Colaciona jurisprudências da Suprema

7 Art. 5º, CF/88. 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: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

8 Art. 150, CF/88. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI - instituir impostos sobre: b) templos de qualquer culto;

Corte – Supremo Tribunal Federal (STF) –, apresentando decisões importantes sobre o assunto ao tratar sobre a equiparação de algumas instituições a entidades religiosas e analisa a possibilidade de desvirtuamentos e abusos de direito.

Por fim, revela pesquisas que demonstram o crescimento exponencial de templos e a imensa facilidade da abertura de seitas no País e propõe a análise do crime de lavagem de dinheiro dentro das instituições religiosas.

Trata-se de pesquisa bibliográfica, exploratória e descritiva, com abordagem qualitativa mediante o levantamento bibliográfico e documental, utilizando da CF/88, doutrina, demais leis e normas tributárias, além da jurisprudência e artigos científicos.

2. O PODER DE TRIBUTAR

O Estado existe com a finalidade de promover o bem comum, o que se faz por meio da instituição de tributos. Logo, função principal da tributação é fiscal, isto é, o financiamento do próprio Estado, de forma que este tenha capacidade de desempenhar suas atividades.

Mas o que seriam tributos?

Amaro (2014, p. 42) os define como “a prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público”.

Ainda, a definição de tributo encontra fundamento legal no artigo 3º do Código Tributário Nacional (CTN), que o considera como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

No entanto, quanto a determinados bens, pessoas, patrimônios ou serviços, três são os institutos jurídicos que excepcionam a regra de pagamento de tributos, sendo eles a não incidência, a isenção e a fixação de alíquota zero.

Essa pesquisa analisa, pois, especificamente a imunidade tributária, hipótese de não incidência de tributos em que o ente federado tem a sua competência limitada pela própria Constituição, que o impede de definir determinada situação como hipótese de incidência de tributos.

3. IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

No conceito de Alexandre (2019, p. 207), “as imunidades são limitações constitucionais ao poder de tributar consistentes na delimitação da competência tributária constitucionalmente conferida aos entes políticos”. Em outras palavras, trata-se de hipótese constitucional que impõe ao Estado o dever de não cobrar determinado tributo.

Machado (1998, p. 192) elucida que “imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina com hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação de competência”.

Na imunidade, não ocorre o fato gerador, não porque a situação não se enquadra em fato descrito em lei, mas porque a própria Constituição não permite que tal situação seja considerada como fato gerador da obrigação principal.

Vale dizer que a imunidade, sendo um instituto jurídico que delimita uma competência prevista em sede constitucional, somente pode encontrar previsão na Constituição. Isto se explica pelo fato que não se admite no direito que uma norma de hierarquia inferior institua exceções a uma regra hierarquicamente superior.

A Constituição faz uso de diversas nomenclaturas para se referir às imunidades, inclusive não mencionando em momento este termo específico. Porém, esclarece-se que se a limitação da competência tributária consta do texto constitucional, é o caso de imunidade.

Assim, a Constituição Federal definiu ao longo de seu corpo as pessoas, instituições e situações que são alcançadas pela imunidade tributária, ou seja, não são tributadas. Este trabalho, no entanto, se reserva a tratar da espécie de imunidade tributária religiosa.

3.1. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RELIGIOSA

Sendo o Brasil um país de diversidade, especialmente no que diz respeito à religião, a CF/88 garantiu como direito fundamental do indivíduo não somente a liberdade de crença e o livre exercício dos cultos religiosos, mas também assegurou proteção aos locais de culto e às suas liturgias⁹.

⁹ Art. 5º, CF/88. 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: [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de

Para corroborar tal garantia e impedir a interferência do Estado na seara individual, o legislador constituinte originário optou ainda por conferir aos templos de qualquer culto a imunidade de tributos, nos termos do art. 150, inciso VI, alínea "b", do referido diploma.

Desta feita, essa espécie de imunidade obsta que o Estado se utilize do poder de instituir tributos como forma de obstruir a atividade das entidades religiosas, sendo aplicável exclusivamente à espécie tributária dos impostos.

Sobre o assunto, o Ministro Carlos Velloso do Supremo Tribunal Federal definiu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 129.930/SP, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. IMUNIDADE. C.F., 1967, ART. 21, PAR-2., I, ART-19, III, "b", C.F., 1988, ART-149, ART-150, VI, "b". I. A imunidade do art. 19, III, da CF/67, (CF/88, ART. 150, VI) diz respeito apenas a impostos. A contribuição e espécie tributária distinta, que não se confunde com o imposto. E o caso da contribuição sindical, instituída no interesse de categoria profissional (CF/67, art. 21, par-2., I; CF/88, art. 149), assim não abrangida pela imunidade do art. 19, III, CF/67, ou art. 150, VI, CF/88. II. Recurso Extraordinário não conhecido. (BRASÍLIA, 1991)

Posto isso, a desoneração tributária dos templos de qualquer culto diz respeito somente aos impostos, não se aplicando às taxas, à contribuição de melhoria, às contribuições sociais ou parafiscais e aos empréstimos compulsórios.

Sobre a imunidade religiosa, a professora Tathiane Piscitelli da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo avalia que

Há um debate sobre a conveniência de se manter essa imunidade sobre os templos. Há quem aponte que ela protege a liberdade religiosa, mas há entidades que têm estrutura empresarial e não são tributadas. Muito facilmente você constrói uma narrativa que a televisão ou outra atividade é essencial para a propagação da religião. E é exatamente esse o ponto de quem critica a imunidade,

crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

porque ela pode abrir brecha para situações de abuso. (FONSECA, 2019)

Nesse sentido, conforme assevera Ichihara (2000, p. 240), “entende-se que o desvirtuamento da atividade, com enriquecimento ilícito de seus dirigentes, remessa de recursos ao exterior, utilização de meios coercitivos (espirituais) visando tomar o patrimônio dos fiéis etc., uma vez comprovado, importa na perda da imunidade”.

Aliás, a liberdade de culto enquanto direito fundamental e a imunidade dos templos religiosos uma das garantias que protege tal direito, ambos estão protegidos por cláusula pétrea.

Ocorre que o conceito aberto de “culto” e “templo” deixa lacunas na legislação e permite a deturpação de uma garantia fundamental e sua finalidade precípua, ao mesmo tempo que visa resguardar o direito à liberdade de culto do indivíduo.

A partir disso, questiona-se: qual é o conceito jurídico desses termos e a delimitação do alcance de templo, para gozo das imunidades?

São perguntas que não foram objetivamente esclarecidas pelo legislador constituinte, que se absteve de estabelecer requisitos para a caracterização de “templo” e “culto”.

4. CONCEITO JURÍDICO DE “TEMPLOS” E “CULTO”

Sobre o termo “culto”, o professor Sabbag (2020, p. 366) define-o como “a manifestação religiosa cuja liturgia adstringe-se a valores consonantes com o arcabouço valorativo que se estipula, programática e teleologicamente, no texto constitucional”.

Para Carraza, da análise sistemática do Diploma Magno, “culto”, nos termos da alínea “b”, do inciso VI, do art. 150, da referida Carta, se confunde com “confissão religiosa”, que

[...] nada mais é do que uma entidade dotada de estrutura orgânica hierarquizada, instituída com o objetivo fundamental de agrupar, de modo permanente, pessoas que partilham das mesmas crenças transcendentais, vale dizer, que nutrem a mesma fé numa dada divindade. (2015, p. 66)

De outro lado, três são as principais teorias doutrinárias que objetivam conceituar “templo”. A primeira tese, intitulada como Clássico-restritiva, que tem como defensores os doutrinadores Pontes de Miranda e Sacha Calmon Navarro Coelho, limita a imunidade sobre os templos ao local físico de celebração do culto.

Na linha de defesa da concepção Clássico-liberal, aproximam-se Aliomar Baleeiro, Roque Antonio Carraza e Hugo de Brito Machado. Esta teoria define o templo como tudo aquilo que, direta ou indiretamente, viabiliza o culto. Assim, inclui o local destinado ao culto e seus anexos.

A terceira teoria, chamada de Moderna, conceitua o templo como entidade, abarcando a ideia de instituição ou organização religiosa e todas as suas manifestações. Essa acepção é defendida especialmente por José Eduardo Soares de Melo, Marco Aurélio Greco e Celso Ribeiro Bastos.

Acerca desta última, entende Sabbag que:

[...] a concepção moderna tem-se mostrado a mais adequada à satisfação da problemática que circunda a tributação dos templos religiosos que, em virtude do dinamismo que tem orientado a atividade, com questões jurídicas as mais variadas possíveis, requerem do exegeta um certo desprendimento das estruturas formais, a fim de atingir a *ratio legis* e propor a justiça fiscal aos casos concretos. (2020, p. 369)

Conquanto o artigo 150, inciso VI, “b”, da CF, faça menção a “templo”, é evidente que, considerando o objetivo do instituto jurídico da imunidade religiosa, a imunidade não se restringe ao prédio fisicamente considerado como templo da entidade religiosa. Caso contrário, a delimitação da competência tributária se restringiria à instituição do IPTU ou ITR, possibilitando a cobrança do imposto de renda sobre as oferendas por exemplo.

Há de se concordar que a regra imunizante prevista no referido artigo compreende o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades religiosas¹⁰, uma vez que da leitura da alínea “b” depreende-se que o legislador objetivava imunizar não somente o templo, mas a própria entidade religiosa.

10 Art. 150, CF/88. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] § 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”,

A propósito, dois são os requisitos fundamentais como desdobramentos interpretativos da expressão "relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas"¹¹: a) os valores advindos das atividades convexas ou correlatas da igreja devem ser convertidos na consecução dos objetivos institucionais da entidade; b) é proibido o caráter empresarial na atividade econômica desempenhada, evitando-se colocar em risco o regime de livre concorrência (SABBAG, 2020, p. 372-373).

Nessa linha, tem-se o entendimento pacífico do STF quando do julgamento do RE 325.822/SP:

Recurso extraordinário. 2. Imunidade tributária de templos de qualquer culto. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, "b" e § 4º, da Constituição. 3. Instituição religiosa. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. 4. **A imunidade prevista no art. 150, VI, "b", CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços "relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas"**. 5. O § 4º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas "b" e "c" do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas. 6. Recurso extraordinário provido. (BRASÍLIA, 2004) (grifos do autor)

Em outro julgado, o STF também adotou uma interpretação ampliativa quanto ao conceito de templo, com a finalidade de garantir a liberdade de crença, conforme demonstra o seguinte excerto:

1. Os cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso estão abrangidos pela garantia contemplada no artigo 150 da Constituição do Brasil. Impossibilidade da incidência de IPTU em relação a eles. 2. A imunidade aos tributos de que gozam os templos de qualquer culto é projetada a partir da interpretação da totalidade que o texto da Constituição é, sobretudo do disposto nos artigos 5º, VI, 19, I e 150, VI, "b". 3. As áreas da incidência e da

compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

¹¹ Ibid.

imunidade tributária são antípodas. Recurso extraordinário provido. (BRASÍLIA, 2012)

Pelo teor do precedente, o Ministro Relator Eros Grau entendeu que a imunidade dos templos religiosos se estende a locais relacionados ao culto e às suas liturgias. De modo diverso, destaca-se o julgamento do RE 562.351/RS, *in verbis*:

I – O reconhecimento da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal exige o cumprimento dos requisitos estabelecidos em lei. II – Assim, para se chegar-se à conclusão se o recorrente atende aos requisitos da lei para fazer jus à imunidade prevista neste dispositivo, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos. Incide, na espécie, o teor da Súmula 279 do STF. Precedentes. III – **A imunidade tributária conferida pelo art. 150, VI, b, é restrita aos templos de qualquer culto religioso, não se aplicando à maçonaria, em cujas lojas não se professa qualquer religião.** IV - Recurso extraordinário parcialmente conhecido, e desprovido na parte conhecida. (BRASÍLIA, 2008) **(grifos do autor)**

Atente-se que, no caso das lojas maçônicas, o STF conferiu interpretação restritiva quanto à expressão “templos de qualquer culto”, a qual estaria limitada aos cultos religiosos e, por esse motivo, a imunidade não alcançaria as lojas maçônicas.

Ainda, segundo o doutrinador Sabbag,

[...] a maçonaria deve ser considerada uma religião, à semelhança de tantas outras que harmonicamente coexistem em nosso Estado laico. Seu rito está inserido em sistema sacramental e, como tal, apresenta-se pelo *aspecto externo* (a liturgia cerimonial, a doutrina e os símbolos) e pelo *aspecto interno* (a liturgia espiritual ou mental, acessível com exclusividade ao maçom que tenha evoluído na utilização da imaginação espiritual. (2020, p. 380)

Nessa linha, defende que o conceito de religião é aberto, de forma que inexistente qualquer condição legal para sua caracterização. E não poderia se dar de outra maneira, devendo o intérprete aplicar o sentido mais abrangente a sua acepção, sob pena de colocar em risco especialmente crenças não-cristãs. Nas palavras do autor,

[...] a conceituação de religião, longe de ser “substancial” – em que se perscruta aleatoriamente o elemento conteudístico –, deverá ser *funcional*, abrindo-se para quaisquer agrupamentos litúrgicos em que os participantes se coobriguem moralmente a agir sob certos princípios. (2020, p. 381).

Recentemente, a reportagem investigativa transnacional Paraísos de Dinheiro e Fé, realizada por um consórcio de veículos de imprensa, analisou mais de 60 investigações e casos recentes que envolvem instituições religiosas e seus dirigentes, encontrando casos no Brasil, na Argentina, no México, no Chile e na Colômbia (WARD *et.al.*, 2020a).

A colaboração jornalística produziu uma base de dados com casos judiciais recentes que relacionam lavagem de dinheiro e delitos adjacentes – como tráfico de drogas – com grupos religiosos de quaisquer crenças e denominações nas Américas. Esta documentação resultou de buscas sistemáticas em fontes especializadas online, fontes públicas e entrevistas realizadas pelos colaboradores com autoridades judiciais em nove países. Esse foi o ponto de partida desta história.

O fenômeno criminoso refletido pela base de dados não é, de forma alguma, representativo de todas as igrejas e organizações religiosas do continente americano. Muitos líderes religiosos prestam serviços valiosos para suas comunidades. No entanto, a análise dos casos confirmou que várias congregações estão abusando da confiança de seus fiéis enquanto usam seus espaços de culto para cometer e esconder crimes.

“Ao longo dos anos, instituições religiosas foram usadas repetidamente para lavar dinheiro”, afirma Mark Califano, ex-vice-procurador de justiça dos Estados Unidos e atual chefe legal do escritório Nardello & Co. “E o que permitiu que isso acontecesse foi a posição especial e protegida de que elas gozam na maioria das sociedades” completa.

Em linha, outro especialista no tema, Warren Cole Smith, CEO da Ministry Watch, uma organização evangélica norte-americana independente e sem fins lucrativos explica que as igrejas, assim como

outras atividades nas quais circula dinheiro vivo, têm certas vulnerabilidades.

“Muitas dessas organizações também arrecadam dinheiro internacionalmente. E a arrecadação de dinheiro em espécie, especialmente em outros países, torna tudo ainda mais complicado”, afirma Cole Smith.

No continente americano, existem leis e práticas que buscam garantir uma proteção especial à liberdade religiosa para evitar possíveis ingerências indevidas do Estado em seus assuntos. Por esse motivo, limita-se a capacidade que qualquer Estado tem de investigar igrejas suspeitas de práticas irregulares. Isso pode tornar a situação especialmente favorável para aqueles que abusam dessas normas brandas para cometer crimes financeiros.

A vigilância de organizações religiosas por governos de países laicos como Guatemala, Estados Unidos, Peru e Brasil é mínima, segundo descobriu esta investigação após revisar a legislação destes e de outros países americanos. Nesses lugares, as igrejas gozam de isenções de impostos e não são obrigadas a prestar contas ao Estado. Como os estados não interferem em seus assuntos, as entidades religiosas têm maior liberdade para administrar suas finanças do que outras instituições sem fins lucrativos.

“Através de diferentes mecanismos, nós acabamos, sem querer, criando uma condição de intocabilidade a essas entidades nos Estados Unidos”, afirma Marci A. Hamilton, professora de estudos religiosos da Universidade de Pennsylvania e crítica da liberdade religiosa extrema.

“A razão pela qual grupos religiosos são tão convenientes para lavagem de dinheiro é que não precisam especificar nas declarações de impostos de onde o dinheiro veio nem o que fazem com ele”, afirma Hamilton. “Seus espaços públicos têm uma certa qualidade de caixa preta”.

Emilio Guerberoff, fiscal do foro Penal Econômico Federal da Argentina, afirmou ao Infobae, colaborador argentino da investigação: “Pode haver um choque de interesses entre a liberdade de culto religioso e a prevenção à lavagem de dinheiro, porque, ao receber doações anônimas através de dízimos, cujas origens podem não ser justificadas, as igrejas podem se tornar uma máquina perfeita de lavagem de dinheiro, sem que o dinheiro pareça ter uma origem criminosa, já que supostamente vem de seus seguidores”.

5. ORGANIZAÇÕES RELIGIOSAS

Em análise ao Código Civil Brasileiro, verifica-se que as organizações religiosas, com a redação da Lei 10.825/2003, passaram a se enquadrar no regime jurídico próprio das pessoas jurídicas de direito privado, de forma que, conforme seu artigo 44, §1º, “são livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento” (BRASIL, 2002).

Mister trazer os dados do Jornal O Globo (GRILLO, 2017), segundo o qual, entre janeiro de 2010 e fevereiro de 2017, 67.951 entidades se registraram na Receita Federal sob a rubrica de organizações religiosas ou filosóficas, ou seja, uma média de 25 por dia. Considerando tão somente grupos novos, não filiais dos já existentes, o número alcança 20 por dia.

Fato é que o País vive uma explosão de entidades religiosas, com crescimento em ritmo exponencial, que, não estando sujeitas à incidência de impostos, são suscetíveis a serem usadas para lavagem de dinheiro, diante da falta de controle das receitas pelo Estado.

Pontualmente, vale dizer que, no caso de igrejas que professam a fé católica, o seu ato de criação no Brasil obedece ao Decreto nº 7.107/2010, que promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil (BRASIL, 2010).

O referido acordo em seu artigo 3º assim preceitua:

Artigo 3º

A República Federativa do Brasil reafirma a personalidade jurídica da Igreja Católica e de todas as Instituições Eclesiásticas que possuem

tal personalidade em conformidade com o direito canônico, desde que não contrarie o sistema constitucional e as leis brasileiras, tais como Conferência Episcopal, Províncias Eclesiásticas, Arquidioceses, Dioceses, Prelazias Territoriais ou Pessoais, Vicariatos e Prefeituras Apostólicas, Administrações Apostólicas, Administrações Apostólicas Pessoais, Missões *Sui Iuris*, Ordinariado Militar e Ordinariados para os Fiéis de Outros Ritos, Paróquias, Institutos de Vida Consagrada e Sociedades de Vida Apostólica.

§ 1º. A Igreja Católica pode livremente criar, modificar ou extinguir todas as Instituições Eclesiásticas mencionadas no *caput* deste artigo.

§ 2º. A personalidade jurídica das Instituições Eclesiásticas será reconhecida pela República Federativa do Brasil mediante a inscrição no respectivo registro do ato de criação, nos termos da legislação brasileira, vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro do ato de criação, devendo também ser averbadas todas as alterações por que passar o ato. (BRASIL, 2010)

À vista disso, torna-se mais dificultosa a criação de instituições católicas criadas exclusivamente com a finalidade de lavagem de dinheiro, diverso do que acontece nos casos de igrejas ditas como “evangélicas”, conforme os casos a seguir expostos.

6. REGISTRO CONTÁBIL DAS INSTITUIÇÕES RELIGIOSAS

Nos dizeres de Borba

Pode-se conceituar a obrigação tributária como a relação jurídica que tem por objeto uma prestação, positiva ou negativa, prevista na legislação tributária, a cargo de um particular e a favor do Estado, traduzida em pagar tributo ou penalidade ou em fazer alguma coisa no interesse do Fisco, ou ainda, em abster-se de praticar determinado ato, nos termos da lei. (2019, p. 285).

Quanto à responsabilidade financeira, as organizações religiosas, conquanto estejam livres de cumprir as obrigações principais, não se eximem das obrigações acessórias. Ambos os tipos de obrigações tributárias estão previstos no artigo 113 do CTN:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. (BRASIL, 1966)

Alexandre em sua obra explicita que:

Mesmo que no que concerne às entidades imunes, as obrigações acessórias existem no interesse da fiscalização e arrecadação de tributos, visto que são obrigadas a escriturar livros fiscais para que a Administração Tributária tenha como fiscalizá-las e verificar se as condições para a fruição da imunidade permanecem presentes. (2019, p. 339).

Nesse sentido, é fundamental que as instituições religiosas possuam uma gestão contábil consoante o que dispõe o Conselho Federal de Contabilidade (CFC). Um dos pontos mais importantes é o controle de receitas, que devem ser aliadas a controles internos e financeiros que permitam sua identificação e comprovação, bem como o controle do ativo permanente ou imobilizado, através de efetivo controle interno, com registros contábeis consistentes (MONELLO, 2009).

Segundo o item 10.19.2.4. da NBCT 10.1912, editada pelo CFC, que trata das normas brasileiras de contabilidade referentes às entidades sem fins lucrativos, "As receitas de doações, subvenções e contribuições para custeio ou investimento devem ser registradas mediante documento hábil."

Dessarte, dentre as obrigações acessórias que devem ser cumpridas por essas entidades imunes, está a apresentação da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), nos termos da IN RFB nº 2005, de 29 de janeiro de 2021 (BRASIL, 2021); e

12 Disponível em: <http://www.portaldecontabilidade.com.br/nbc/t1019.htm>. Acesso em: 13 jul. 2021.

da RAIS Negativa, ou com Movimento, que é a Relação Anual de Informações Sociais, conforme Portaria SEPRT 6.136/2020.

Além disso, até 2013, as instituições religiosas eram obrigadas a apresentar a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ. Após, a Receita Federal do Brasil editou a Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil (IN RFB) nº 1.422, em 20 de dezembro de 2013, dispendo sobre a Escrituração Contábil Digital (ECD), instituída com o objetivo de substituir a DIPJ (BRASIL, 2013).

Ocorre que o inciso IV, §2º do artigo 1º da referida norma desobrigava as pessoas jurídicas imunes e isentas que, em relação aos fatos ocorridos no ano-calendário, não fossem obrigadas a apresentar a Escrituração Fiscal Digital da Contribuição para o PIS/PASEP, COFINS e EFP-Contribuições, nos termos da IN RFB nº 1.252, de 1º de março de 2012. Em 2015, a Receita Federal, por meio da IN RFB 1.595, de 1º de dezembro de 2015, revogou tal inciso (BRASIL, 2015).

Antes, as igrejas que arrecadassem mais de R\$1,2 milhão precisavam enviar seus dados à Receita Federal por meio da ECD. Atualmente, a contabilidade das instituições religiosas se dá conforme a IN RFB nº 2003/2021, que dispõe sobre a Escrituração Contábil Digital (ECD), a que são obrigadas as pessoas jurídicas, inclusive as equiparadas e as entidades isentas e imunes, onde se enquadram as igrejas.

A obrigatoriedade não se aplica, no entanto, àquelas que auferiram, no ano-calendário, valor inferior a R\$ 4,8 milhões ou valor proporcional ao período a que se refere a escrituração contábil.

De toda forma, nas palavras do desembargador federal Fausto Martin de Sanctis, especializado no combate a crimes financeiros e à lavagem de dinheiro, "é impossível auditar as doações dos fiéis. E isso é ideal para quem precisa camuflar o aumento de sua renda, escapar da tributação e lavar dinheiro do crime organizado. É grave" (SANCTIS, 2015).

7. O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

O termo "lavagem de dinheiro" surgiu a partir do crime *money laundering* nos Estados Unidos. Segundo Callegari e Weber (2017, p. 19), a origem da expressão remonta à época em que se utilizava lavanderias para ocultar o dinheiro proveniente de atividade ilegal.

O uso de dinheiro em espécie por essas empresas facilitava a mistura com os montantes advindos do crime, de forma que “tal atividade empresarial aparentemente lícita permitia a realização de depósitos de notas de baixo valor procedentes, na verdade, do comércio ilegal de bebidas e de outras atividades criminosas”¹³.

No Brasil, a expressão passa a ideia de tornar lícito o recurso advindo de atividades ilícitas e reinseri-lo no mercado financeiro com aparência de legalidade, encontrando definição no artigo 1º da Lei nº 9.613/1998: “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal” (BRASIL, 1998).

O referido dispositivo criou mecanismos administrativos, materiais e processuais a fim de suprimir a prática delituosa da lavagem de dinheiro, apresentando um rol exaustivo de delitos antecedentes, sendo considerado por esse motivo como legislação de 2ª geração sobre o tema. Dentre esses delitos, estavam o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; o crime de terrorismo e seu financiamento; o crime de contrabando ou tráfico de armas.

A lei em comento foi o primeiro diploma legal a tipificar o crime de lavagem de dinheiro no Brasil, em acordo com a Convenção de Viena, seguindo o modelo sugerido pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI).

Posteriormente, a Lei nº 12.683/2012 deu nova redação à Lei 9.613/1998, extinguindo o referido rol de crimes antecedentes, aumentando o valor máximo da multa para 20 milhões, incluindo novos sujeitos obrigados, bem como hipóteses de alienação antecipada e outras medidas assecuratórias para impedir a desvalorização ou deterioração dos bens, de forma que adequou a legislação brasileira às de 3ª geração¹⁴.

No País, cabe ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas; coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores; bem como comunicar as autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes

¹³ Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro/lavagem-de-dinheiro-principais-conceitos>. Acesso em: 11 jul. 2021.

¹⁴ Ibid.

previstos na Lei nº 9.613/1998, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

Esse órgão define a lavagem de dinheiro como

[...] um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente¹⁵.

Como exposto, o crime de lavagem de dinheiro pressupõe o cometimento do chamado delito antecedente, do qual decorrem os recursos financeiros a serem lavados, e envolve três operações básicas: colocação (*placement*); ocultação, acomodação ou estratificação (*layering*); e integração (*integration*) (MENDRONI, 2018, p. 83-86).

No estágio inicial, a introdução do dinheiro de origem criminosa no sistema financeiro é geralmente feita por meio de atividades comerciais e instituições financeiras, bancárias ou não bancárias. São utilizados valores em espécie, o que dificulta o registro de sua origem, e os mistura aos recursos obtidos em atividades legais, que preferencialmente trabalhem com dinheiro vivo, para então serem depositados em bancos.

Os criminosos procuram movimentar o dinheiro de forma a não gerar a suspeita das autoridades, preferindo por dividi-lo em pequenas somas. Exemplos dessa fase são o uso de doleiros para envio de moeda para o exterior; conversão de valores em ativos não financeiros; depósitos em contas correntes em nome de empresas “fantasmas” ou pessoas “laranjas”.¹⁶

Em seguida, na fase da ocultação, acomodação ou estratificação, a intenção do agente é desassociar os recursos de sua origem ilícita, de forma a dificultar seu rastreamento. Dessa forma, quanto mais operações forem realizadas, tanto nacional quanto internacionalmente, mais difícil se torna o rastreamento contábil dos valores. A movimentação do dinheiro se dá geralmente de forma eletrônica, sendo transferido entre

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

inúmeras contas de diversas entidades bancárias, preferencialmente em paraísos fiscais, e depois reconvertido em títulos e investimentos.

A última etapa se trata da integração, em que o dinheiro é incorporado formalmente à economia e se cria uma origem aparentemente lícita para o produto das atividades ilegais, sob forma de investimentos; empréstimos e *leasing*; compra de ativos; ou recebimento de dinheiro de cassinos, loterias ou bingos, com aparência de prêmios legítimos.

Não se exige o cumprimento de todas as referidas etapas da lavagem para configurar a sua consumação. Na verdade, sua consumação se dá quando na primeira transação financeira o agente já pratica uma das ações de ocultação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação do bem, direito ou valor. De mais a mais, essas etapas podem ocorrer simultaneamente.

8. CASOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO EM INSTITUIÇÕES RELIGIOSAS

Estando as igrejas fora do campo de incidência dos impostos sobre patrimônio, renda e serviços, e não havendo controle sobre suas atividades financeiras, estas instituições estão sujeitas a serem utilizadas como meio para lavar dinheiro advindo do crime, seja ele contra a administração pública, tráfico de drogas, entre outros.

Sobre a lavagem de dinheiro em igrejas, WARD et. al. (2020c) ressalta que não há fiscalização sobre o cumprimento das obrigações impostas a essas instituições, uma vez que não são prioridade da entidade fiscal, por isso o dinheiro é de difícil rastreio.

A Folha S. Paulo noticiou em 2009 que o Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP) denunciou o líder da Igreja Universal do Reino de Deus (IURD), Edir Macedo, e outros nove integrantes da instituição religiosa por formação de quadrilha e lavagem de dinheiro, resultado da apuração sobre a movimentação financeira da igreja. Segue um extrato da reportagem:

Um grande volume de recursos teria saído do país por meio de empresas e contas de fachada, abertas por membros da igreja, e foi depois repatriado também por empresas de fachada, para contas de pessoas físicas ligadas à Universal.

Os recursos teriam servido para comprar emissoras de TV e rádio, financeiras, agência de turismo e jatinhos.

Para a investigação, isso fere dois princípios legais.

Empresas privadas pagam impostos porque o propósito de suas existências é o lucro. Igrejas, pela lei brasileira, não pagam tributos porque suas receitas, em tese, reverterem para o exercício da fé religiosa, protegida pela Constituição.

Quando o dinheiro oriundo da fé é desviado para comprar e/ou viabilizar empresas tradicionais, que têm o lucro como finalidade, a imunidade tributária está sendo burlada.

O outro problema, com base na denúncia, diz respeito ao direito dos fiéis da Universal a que os recursos revertam para a igreja. O uso de recursos para outras atividades seria um desvio de finalidade, do qual fiéis e a Universal seriam vítimas. (AITH, 2009)

Após anos de ação penal contra Edir Macedo e o Bispo João Batista, o caso prescreveu em setembro de 2019. Macedo foi acusado inicialmente ainda pelos evasão de divisas, associação criminosa e falsidade ideológica. Ambos os réus foram beneficiados pela legislação penal que reduz pela metade a contagem da prescrição para os acusados com mais de 70 anos de idade (FERREIRA, 2019).

Em 2018, a Polícia Federal prendeu um grupo de dez pessoas suspeitas de colaborar com o tráfico de drogas administrado pela facção criminosa PCC (Primeira Comando da Capital) e fazer lavagem de dinheiro. Segundo o chefe da delegacia de repressão a entorpecentes da PF, Fabrizio Galli, “o dinheiro do tráfico era juntado ao dízimo na igreja que foi construída só para essa função. Donos de empresas de automóveis cediam carros para transportes de drogas. Os açougues faziam lavagem também. E a imobiliária alugava imóveis para a facção” (ADORNO, 2018).

Já em 2020, o Jornal O Globo veiculou a deflagração da operação “QG da Propina”, em que o Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ) destacou que a Igreja Universal teria sido usada para fins de “lavagem de dinheiro fruto da endêmica corrupção instalada na alta cúpula da administração municipal”. Durante as investigações, foram analisadas conversas trocadas entre o empresário Rafael Alves, que seria o principal operador financeiro da organização, e o ex-marqueteiro de Crivella, Marcelo Faulhaber, além de transações financeiras bilionárias da Igreja Universal, acompanhadas pelo Coaf (O GLOBO, 2020).

Ainda no ano passado (2020), o jornal G1 divulgou um esquema de desvios e lavagem de dinheiro doado pelos fiéis à Associação Filhos do Pai Eterno (Afipe), criada com a finalidade de construir a Basílica do Divino Pai Eterno em Trindade.

De acordo com o Ministério Público, o suposto esquema seria dirigido pelo padre Robson, que teria criado “várias associações com nome de fantasia Afipe ou similar, com a mesma finalidade, endereço e nome”. Os crimes investigados são: apropriação indébita, lavagem de dinheiro, falsificação de documentos, sonegação fiscal e associação criminosa.

A investigação que o Ministério Público de Goiás (MP-GO) faz em cima das transações financeiras e aquisições de propriedades de luxo com o dinheiro das Afipes, no montante de R\$ 120 milhões, apura, justamente, o uso de supostos “laranjas” para compra e venda de empresas de variados ramos de atuação, desde emissoras de rádio à postos de combustíveis.

[...]

A promotora Fabiana Lemes Zamalloa, coordenadora da Área de Atuação do Patrimônio Público e Terceiro do MP-GO, afirmou que está sendo apurado, na área cível, se houve prática de ato de improbidade administrativa por parte dos dirigentes da Afipe.

“A relevância no âmbito cível é o emprego dos recursos, se nas finalidades estatutárias, se forem públicos, principalmente, na defesa do interesse social e da higidez (lisura) de sua aplicação. Uma vez demonstrada que a origem desses recursos é ilícita, no âmbito criminal vai corroborar mais uma situação de ilicitude no exercício da atividade dessas associações”, afirmou a promotora.

[...]

Em relação a valores, a investigação apontou que nos últimos dez anos foram movimentados nas contas das Afipes cerca de R\$ 2 bilhões, sendo a maioria fruto de doações para a construção da nova Basílica da cidade.

Constatou-se que os gastos de boa parte das doações não tinham vínculo com questões religiosas, mas com outros negócios, como a

compra de imóveis, propriedades rurais, cabeças de gado e emissoras de rádio, diz o MP. (OLIVEIRA, 2020)

Segundo a reportagem Paraísos de Dinheiro e Fé, o Ministério Madureira, uma ramificação da Assembleia de Deus, estaria envolvido em um esquema de lavagem de dinheiro e corrupção no Brasil. O inquérito apurava se Samuel Cassio Ferreira, o líder do Ministério Brás, teria lavado R\$ 250 mil usando contas bancárias da Assembleia Deus para o ex-presidente da Câmara Eduardo Cunha, como parte do suborno referente à facilitação de contratos com a Petrobrás (WARD, 2020b).

De mais a mais, a suspeita de lavagem de dinheiro em igrejas ultrapassa as fronteiras brasileiras. Na Argentina, foi aberta investigação em razão de depósitos suspeitos de grandes valores em dinheiro na conta da filial local da Igreja Universal do Reino de Deus, criada por Edir Macedo. A Unidade de Informação Financeira, entidade de combate à lavagem de dinheiro na Argentina, não identificou a licitude e origem do montante, só que foi usado em outras operações bancárias e para a compra de carros, imóveis e um avião (WARD, 2020b).

Já no México, o investigado por lavagem de dinheiro e evasão fiscal é Naasón Merarí Joaquín García, líder da Igreja A Luz do Mundo, presente em 58 países. A UIF mexicana o investiga também por desvio de esmolas e doações de fiéis para aquisição de 51 imóveis entre 2004 e 2018 (WARD, 2020b).

Ainda esse ano, o Serviço Investigação Criminal (SIC) de Angola indiciou quatro líderes da Igreja Universal do Reino de Deus por lavagem de dinheiro, evasão de divisas e associação criminosa no país (MAGENTA, 2021).

Por fim, quanto à Igreja Católica, o Papa Francisco assinou em 2013 um “Motu proprio”, no qual foram adotadas novas medidas de prevenção e luta contra crimes de lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e proliferação de armas de destruição em massa no Vaticano, visando cumprir as regras da Força-Tarefa de Ação Financeira (GAFI) (O GLOBO, 2013).

Segundo o site Vatican News, novo “Motu proprio” do Papa, além de proibir todos os funcionários de aceitarem “presentes ou outros benefícios” de valor superior a 40 euros, pede

[...] aos dirigentes da Santa Sé em todos os níveis, e a todos aqueles que desempenham funções ativas administrativas, funções jurisdicionais ou de controle, que assinem uma declaração assegurando que não receberam condenações definitivas, que não estão submetidos a processos penais pendentes ou a investigações por corrupção, fraude, terrorismo, lavagem de dinheiro, exploração de menores, evasão fiscal. E que não mantêm dinheiro ou investimentos em países com alto risco de lavagem de dinheiro ou de financiamento do terrorismo, em paraísos fiscais ou participações em empresas que operam contra a Doutrina Social da Igreja. 17

9. CONCLUSÃO

Nas últimas décadas, o sistema financeiro global passou por inúmeras mudanças, obrigando os sistemas tecnológicos de controle das atividades financeiras a se revolucionarem. Por esse motivo, os agentes criminosos foram compelidos a encontrar mecanismos de difícil controle do governo para lavar dinheiro.

Nesse contexto, os benefícios fiscais concedidos às instituições religiosas são explorados pelos criminosos há muito tempo, uma vez que um dos direitos dessas entidades é justamente a possibilidade de recebimento de doações anônimas a título de dízimos supostamente pagos pelos seus fiéis, sem a necessidade justificar a origem dos valores.

Como demonstrado, é crescente no País o número de “templos de fachada” ou “igrejas-fantasma” criados com a finalidade de dissimular ou ocultar a origem ilícita de bens ou valores, ocultar patrimônio e sonegar imposto.

À vista disso, faz-se necessário aprimorar a fiscalização sobre as atividades financeiras de entidades religiosas, o que depende da atuação estatal, para se evitar o desvirtuamento da finalidade da imunidade tributária dos templos e evitar a ocorrência do crime de lavagem de dinheiro. Por exemplo, implementar melhores controles contábeis e aumentando a transparência das finanças das igrejas, por meio de auditorias e o uso da ferramenta de avaliação de risco de fraude.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

17 Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/papa/news/2021-04/papa-motu-proprio-nova-lei-anticorruptao-dirigentes-vaticanos.html>. Acesso em: 11 jul. 2021.

ADORNO, Luís. PCC usava igreja evangélica para lavar dinheiro em SP, diz PF; pastor é preso. **UOL**, 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/02/21/pcc-usava-igreja-evangelica-para-lavar-dinheiro-em-sp-diz-pf-pastor-e-presos.htm>. Acesso em: 8 jul. 2021.

AITH, Marcio. Juiz acata denúncia contra líder da Universal. **Folha de S.Paulo**, 2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1108200913.htm>. Acesso em 11 jul. 2021.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BORBA, Cláudio. **Direito tributário**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010**. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. **Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.422, de 19 de dezembro de 2013**. Dispõe sobre a Escrituração Contábil Fiscal. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=48711>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. **Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.595, de 1º de dezembro de 2015**. Altera a Instrução Normativa RFB nº 1.422, de 19 de dezembro de 2013, que dispõe sobre a Escrituração Contábil Fiscal (ECF). Disponível em:

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=69969#1585324>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. **Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 2.003, de 18 de janeiro de 2021**. Dispõe sobre a Escrituração Contábil Digital (ECD). Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=114965>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. **Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 2005, de 29 de janeiro de 2021**. Dispõe sobre a apresentação da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) e da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais Previdenciários e de Outras Entidades e Fundos (DCTFWeb). Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=115131>. Acesso em: 09 jul. 2021.

BRASIL. **Lei 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.825, de 22 de dezembro de 2003**. Dá nova redação aos arts. 44 e 2.031 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASIL. **Portaria nº 6.136, de 03 de março de 2020**. Estabelece procedimentos para a declaração da Relação Anual de Informações Sociais - RAIS. Ministério da Economia. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-6.136-de-3-de-marco-de-2020-246236354>. Acesso em: 09 jul. 2021.

BRASIL. Principais conceitos. **Receita Federal**. Ministério da Economia. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro/lavagem-de-dinheiro-principais-conceitos>. Acesso em 11 jul. 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário 129930/SP**. Constitucional. Tributário. Contribuição Sindical. Imunidade. C.F., 1967, Art. 21, Par-2., I, Art-19, Iii, "B", C.F., 1988, Art-149, Art-150, Vi, "B". Relator(A): Carlos Velloso, julgado em 07/05/1991, DJe 16-08-1991. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=fals e&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10 &queryString=RE%20129930&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em 08 jul. 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 325822/SP**. Recurso extraordinário. 2. Imunidade tributária de templos de qualquer culto. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, "b" e § 4º, da Constituição. 3. Instituição religiosa. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. 4. A imunidade prevista no art. 150, VI, "b", CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços "relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas". 5. O § 4º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas "b" e "c" do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas. 6. Recurso extraordinário provido. Relator(a): ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, julgado em 18/12/2002, DJ 14-05-2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96910/false>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Recurso Extraordinário 562351**. Constitucional. Recurso extraordinário. Imunidade tributária. Art. 150, vi, c, da carta federal. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório. Súmula 279 do STF. Art. 150, vi, b, da constituição da república. Abrangência do termo "templos de qualquer culto". Maçonaria. Não configuração. Recurso extraordinário conhecido em parte e, no que conhecido, desprovido. Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 04/09/2012, DJe-13-12-2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur221689/false>. Acesso em: 1º jul. 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 578562**. Recurso Extraordinário. Constitucional. Imunidade tributária. IPTU. Artigo 150, vi, "b", cb/88. Cemitério. Extensão de entidade de cunho religioso. Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 21/05/2008, DJe PUBLIC 12-09-2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87606/false>. Acesso em: 1º jul. 2021.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Imunidades tributárias dos templos e instituições religiosas**. São Paulo: Noezes, 2015.

CONCEIÇÃO, Paulo Roberto Grima da. **Imunidade dos templos de qualquer culto**. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Paulo-Roberto-Grima-da-Conceição-OK.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2021.

Contabilidade para igrejas: Centros religiosos são obrigados a cumprir a legislação contábil e fiscal?. Contábeis, 2020. Disponível em: <<https://www.contabeis.com.br/noticias/43129/contabilidade-para-igrejas-centros-religiosos-sao-obrigados-a-cumprir-a-legislacao-contabil-e-fiscal/>>. Acesso em 09 jul. 2021.

FELIX, HolssenThint Oliveira. **A vulnerabilidade das instituições religiosas frente as práticas de crimes financeiros**. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/1485/1/A%20VULNERABILIDADE%20DAS%20INSTITUIÇÕES%20RELIGIOSAS%20FRENTE%20AS%20PRÁTICAS%20DE%20CRIMES%20FINANCEIROS.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2021.

FERREIRA, Flávia. Justiça deixou prescrever processo contra Edir Macedo mesmo após consultar Procuradoria. **Folha de S.Paulo**, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/justica-deixou-prescrever-processo-contra-edir-macedo-mesmo-apos-consultar-procuradoria.shtml>. Acesso em: 11 jul. 2021.

FONSECA, Bruno. Igrejas devem mais de 460 milhões de reais ao Governo. **El País**, 2019. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2019-12-26/igrejas-devem-mais-de-460-milhoes-de-reais-ao-governo.html>>. Acesso em 11 jul. 2021.

GRILLO, Marco. Desde 2010, uma nova organização religiosa surge por hora. **O Globo**, 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/desde-2010-uma-nova-organizacao-religiosa-surge-por-hora-21114799>. Acesso em: 1º jul. 2021.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Imunidades tributárias**. São Paulo: Atlas. 2000.

CONJUR. Imunidade de igrejas é usada para lavagem de dinheiro. **Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-25/imunidade-tributaria-igrejas-utilizada-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 1º jul. 2021.

SANCTIS, Fausto Martin De. **Churches, Temples, and Financial Crimes: A Judicial Perspective of the Abuse of Faith**. 1. ed. Estados Unidos: Springer, 2015.

JORGE, T. C.; GALVÃO, J. G. **Lavagem de dinheiro em instituições religiosas: instituições religiosas como ferramenta do crime organizado**. Disponível em: <<https://rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/123456789/4144/1/Thainara%20Cordeiro%20orge.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2021.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MAGENTA, Matheus. Provas contundentes apontam lavagem de dinheiro da Universal em Angola, dizem investigadores. **Folha de S.Paulo**, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/06/provas-contundentes-apontam-lavagem-de-dinheiro-da-universal-em-angola-dizem-investigadores.shtml?origin=folha>. Acesso em: 8 jul. 2021.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MONELLO, Sergio Roberto. A contabilidade das igrejas e organizações religiosas. **Rede Filantropia**, 2009. Disponível em: <https://www.filantropia.org/informacao/a_contabilidade_das_igrejas_e_organizacoes_religiosas>. Acesso em: 08 jul. 2021.

O GLOBO. MP encontra indícios de uso da Igreja Universal para lavagem de dinheiro do 'QG da Propina'. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/mp-encontra-indicios-de-uso-da-igreja-universal-para-lavagem-de-dinheiro-do-qg-da-propina-24637563>. Acesso em: 8 jul. 2021.

NBC T-10 Aspectos Contábeis Específicos em Entidades Diversas. **Portal de Contabilidade**. Disponível em <http://www.portaldecontabilidade.com.br/nbc/t1019.htm>. Acesso em 13 jul. 2021.

OLIVEIRA, Rafael. Esquema de desvios e lavagem de dinheiro em associação fundada por padre Robson lembra a série "BreakingBad", diz promotor. **G1**, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2020/09/11/esquema-de-desvios-e-lavagem-de->

dinheiro-em-associacao-fundada-por-padre-robson-lembra-a-serie-breaking-bad-diz-promotor.ghhtml. Acesso em 11 jul. 2021.

O GLOBO. Papa aprova novas medidas contra lavagem de dinheiro. **Época**, 2013. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/tempo/noticia/2013/08/papa-aprova-novas-medidas-bcontra-lavagem-de-dinheirob.html>. Acesso em 11 jul. 2021.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2020.

Sistema Brasileiro de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro. **Receita Federal**. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro/cooperacao-internacional>. Acesso em 11 jul. 2021.

WARD, Rebekah; MUYLAERT, Beatriz; ALBASI, Matthew; SEGNINI, Giannina. Como o crime organizado tem explorado benefícios concedidos a igrejas para operar seus negócios ilegais. **A Pública**, 2020a. Disponível em: <https://apublica.org/2020/08/como-o-crime-organizado-tem-explorado-beneficios-concedidos-a-igrejas-para-operar-seus-negocios-ilegais/>. Acesso em 11 jul. 2021.

WARD, Rebekah; MUYLAERT, Beatriz; ALBASI, Matthew; SEGNINI, Giannina. Investigações sobre lavagem de dinheiro por líderes religiosos emperram em vários países. **Folha de S.Paulo**, 2020b. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/08/investigacoes-sobre-lavagem-de-dinheiro-por-lideres-religiosos-emperram-em-varios-paises.shtml>. Acesso em 11 jul. 2021.

WARD, Rebekah; MUYLAERT, Beatriz; ALBASI, Matthew; SEGNINI, Giannina. Líderes religiosos são investigados, mas raramente condenados. **A Pública**, 2020c. Disponível em: <https://apublica.org/2020/08/lideres-religiosos-sao-investigados-mas-raramente-condenados/>. Acesso em 11 jul. 2021.

A ESTABILIDADE DO ART. 19 DO ADCT E A EFETIVIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO

ALEXANDRE GUILHERME PINO DA SILVA FILHO:
Especialista em Direito Constitucional e Administrativo.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo realizar uma análise histórica e científica do real objetivo do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, de modo a abordar a evolução normativa e os reais destinatários da norma.

INTRODUÇÃO

A estabilidade prevista no art. 19 do ADCT é um tema que, até os dias atuais, gera insegurança jurídica e, muitas vezes interpretações controvertidas acerca da norma extraída do seu texto. Não raro, até o interprete maior – o Supremo Tribunal Federal –, com as devidas *vênias*, extrai uma norma despida da profundidade a qual o tema merece, limitando-se a literalidade do texto.

Diante de tal cenário, os tribunais em todo o Brasil têm aplicado dado um tratamento totalmente diverso aos servidores alcançados pela dispositivo, de modo a atribuir-lhes um tratamento, muitas vezes, em descompasso aos princípios da dignidade da pessoa humana, do trabalho e desprezando toda uma evolução histórica do tema horas discutido.

No presente trabalho a discursão abordará toda a evolução histórica do tema e o modo como os tribunais estão encarando o tema de modo a esclarecer a razão da previsão e o real tratamento que os servidores abarcados pelo texto merecem.

A previsão constitucional da estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT não foi uma inovação legislativa trazida pelo Constituinte de 1988. Longe disso. Na norma transitória da Carta de 1988 houve uma reprodução das normas anteriormente prevista nas constituições anteriores e não uma inovação. Com efeito, a previsão constitucional, diferente do que muitos defendem, não cria uma nova categoria de servidores públicos – os estáveis e não efetivos – ao revés, ela apenas assegura a estabilidade a certa categoria de servidores em uma determinada situação que à época não preenchiam os requisitos estabelecidos para estabilidade, pois para investidura os requisitos eram diferentes dos demais servidores.

Há distinção entre a estabilidade e a efetividade sendo eles institutos distintos e destinados a diferentes finalidades, de modo que a estabilidade está para o servidor; e a efetividade está para o cargo, ou seja, a efetividade é pressuposto para a estabilidade e não o inverso.

Portanto, sob o prisma da interpretação sistemática combinada com a histórica e teleológica, a estabilidade excepcional apenas consagrou e unificou as diversas categorias de servidores anteriormente existente nas ordens constitucionais anteriores e não criou outra categoria ou forma de permanecer d serviço público.

BREVE HISTÓRICO DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA ESTABILIDADE EXCEPCIONAL

Inicialmente, é de bom alvitre ressaltar que as Constituições de 25 de março de 1824 e a de 24 de fevereiro de 1891 não trataram sobre a efetividade ou estabilidade dos servidores públicos, tampouco sobre o concurso como forma de provimento de cargo público.

A CF/1824, em seu art. 179, XIV, previa como forma de provimento em cargo público: "*XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.*"; já Carta de 1891, estabeleceu em seu artigo 73: "*Art 73 - Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas.*"

Contudo, a Constituição Federal de 1934 foi o marco inicial no que tange a previsão da estabilidade aos servidores, portanto, inaugurou um novo instituto que até então não havia previsão semelhante. No entanto, não houve qualquer menção a efetividade. Em seu artigo 169 disciplinou:

Art 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

Parágrafo único - Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.

Deste modo, os funcionários públicos, uma vez preenchidos os requisitos acima citados só poderiam ser destituídos por meio de sentença judicial ou processo administrativo devidamente regulado em lei.

Em seguida, com o advento da CF de 1937, houve uma pequena alteração legislativa, embora tenha sido silente, semelhantemente a CF/34, quanto à efetividade, da previsão da estabilidade que em seus artigos 156 e 157, *in verbis*:

Art 156 - O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

- a) o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos criados em lei, seja qual for a forma de pagamento;
- b) a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos;
- c) os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se;

Art 157 - Poderá ser posto em disponibilidade, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, desde que não caiba no caso a pena de exoneração, o funcionário civil que estiver no gozo das garantias de estabilidade, se, a juízo de uma comissão disciplinar nomeada pelo Ministro ou chefe de serviço, o seu afastamento do exercício for considerado de conveniência ou de interesse público.

As duas previsões constitucionais iniciais são semelhantes com praticamente os mesmos requisitos.

Diferentemente das constituições das anteriores, a CF de 1946, inovou em seu texto ao prevê que os servidores que foram nomeados sem concurso serão estáveis após 5 (cinco) de exercício (art. 188, II), senão vejamos:

Art 188 - São estáveis:

- I - depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso;
- II - depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão.

Portanto, conclui-se que, à época, já haveria a possibilidade da estabilidade sem a necessidade de concurso público e que foi, como no de decorrer demonstrado, reproduzido na atual CF.

Por conseguinte, com o advento da CF de 1967, que em seu artigo 99 disciplina:

Art 99 - São estáveis, após dois anos, os funcionários, quando nomeados por concurso.

§ 1º - Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público.

§ 2º - Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com proventos proporcionais ao tempo de serviço. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 40, de 1968)

Contudo, no Título V – Das Disposições Gerais Transitórias, no art. 177, estabeleceu:

Art 177 - Fica assegurada a vitaliciedade aos Professores catedráticos e titulares de Ofício de Justiça nomeados até a vigência desta Constituição, assim como a estabilidade de funcionários já amparados pela legislação anterior.

[...]

§ 2º - São estáveis os atuais servidores da União, dos Estados e dos Municípios, da Administração centralizada ou autárquica, que, à data da promulgação desta Constituição, contem, pelo menos, cinco anos de serviço público.

Destarte, o §2º retrocitado repete o disposto no inciso II do art. 188 da CF/46, com o adendo da condição da data da promulgação da constituição.

A Emenda Constitucional nº 01 de 17 de outubro de 1969, conquanto vir intitulada como emenda a Constituição de 1967, é tida pela doutrina como inauguradora de uma nova ordem constitucional, conforme preleciona a doutrina conforme abaixo transcrito:

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se chamava apenas de Constituição do Barsil. (AFONSO, 2007, p. 89)

Portanto, no presente artigo será considerada como uma carta política autônoma e não uma emenda como nome faz presumir.

A EC nº 01/69, em seu art. 100 e 194,

Art. 100. Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso.

Art. 194. Fica assegurada a vitaliciedade aos professôres catedráticos e titulares de ofício de justiça nomeados até 15 de março de 1967, assim como a estabilidade de funcionários amparados pela legislação anterior àquela data.

Por fim, a estabilidade excepcional veio disciplinada pelo art. 19 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, da Constituição Federal de 1988 o qual disciplinou:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do "caput" deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

Como demonstrado acima, o instituto da estabilidade excepcional teve sua primeira previsão na CF/67, a qual foi repetida nas demais, exceto na de EC 01/69, porém atualmente reproduzida no artigo 19 do ADCT.

Em uma análise sumária da historicidade da evolução normativa do tema em estudo, extrai-se que o legislador constituinte vem garantindo aos servidores que não prestaram concurso a estabilidade no serviço e diferentemente das constituições anteriores, a de CF/88, inaugurou um novo instituto, o da efetividade, que não se confunde com a estabilidade como será no tópico seguinte demonstrado, de modo que, por ser uma inovação, não necessariamente deve-se concluir que ela não está presente na estabilidade prevista no art. 19 do ADCT, pois, anteriormente os institutos confundiam-se.

DISTINÇÃO ENTRE ESTABILIDADE E EFETIVIDADE

A estabilidade e a efetividade são institutos que não se confundem, essa é um atributo do cargo e aquela está ligada ao servidor, ou seja, o cargo é efetivo e o servidor é estável, portanto, uma vez ocupado o cargo efetivo e preenchido os requisitos do art. 37 da CF/88, o servidor será estável.

Segundo apontamentos doutrinários pode-se concluir, consoante a doutrina de Jose dos Santos Carvalho Filho:

Estabilidade, como vimos acima, é a garantia constitucional do servidor público estatutário de permanecer no serviço público, após o período de três anos de efetivo exercício. Efetividade nada mais é do que a situação jurídica que qualifica a titularização de cargos efetivos, para distinguir-se da que é relativa aos ocupantes de cargos em comissão. Se um servidor ocupa um cargo efetivo, tem efetividade; se ocupa cargo em comissão, não a tem. (FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30ªed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 841)18

Por conseguinte, é de bom alvitre trazer à baila, embora antigo, pela didática a conceituação a doutrina de Hely Lopes Meireles, segundo ele:

A nomeação em caráter efetivo é a condição primeira para a aquisição da estabilidade. A efetividade, embora se refira ao servidor, é apenas um atributo do cargo, concernente à sua forma de provimento, e, como tal, deve ser declarada no decreto de nomeação e no título respectivo, porque um servidor pode ocupar transitoriamente um cargo de provimento efetivo (casos de

18 Embora o autor divirja da posição defendida nesse artigo de que a efetividade pressupõe a estabilidade segue seu conceito sobre os institutos por ser de fácil elucidação e para esclarecimento da ideia a ser difundida.

substituição, por exemplo), sem que essa qualidade se transmita ao seu ocupante eventual. (...)

Não há confundir efetividade com estabilidade, porque aquela é uma característica da nomeação, e esta é um atributo pessoal do ocupante do cargo, adquirido após a satisfação de certas condições de seu exercício. A efetividade é um pressuposto necessário da estabilidade. Sem efetividade não pode ser adquirida a estabilidade. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008)

Portanto, feita a distinção entre os dois institutos de direito administrativo, diferenciação essa inaugurada pela CF/88, uma vez declarado estável no serviço público a efetividade do servidor estava implícita, nas palavras da doutrina de Hely Lopes Meirelles.

3. A EFETIVIDADE COMO PRESSUPOSTO DA ESTABILIDADE E O DIREITO À PROGRESSÃO NA CARREIRA.

3.1 ÂMBITO DE APLICABILIDADE DO ART. 19 DO ADCT

Antes da promulgação da Carta de 1988, como já exposto acima, estava em vigor a CF/67 e a EC 01/69. O § 1º do art. 97 da EC, disciplinava: *§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, **salvo os casos indicados em lei.*** (sem negrito no original). A expressão destacada, à época, fora alvo de impasses doutrinários, notadamente quanto à competência para instituir a norma excludente da regra.

A aludida celeuma findou-se com o Acórdão do STF no RE nº 80.336, Rel. Mm. Moreira Alves, no qual a Corte decidiu no sentido de que os entre políticos eram competentes para regulamentar o disposto no art. 97 da EC 01/69.

Com efeito, dada à imprecisão legislativa e genérica da norma constitucional, muitas leis dos entes políticos sugeriram como forma de burlar a sistemática dos concursos. Nascia a necessidade da delimitação e em que casos seria possível a exceção ao concurso, pois o que era regra passava a ser exceção.

De forma magistral o atual Mm. Gilmar Mendes, à época, Procurador da República, em artigo publicado, cujo tema é o Princípio do Concurso Público na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal definiu que a exceção ocorria nos casos e cargos cujas atribuições tornassem impossível ou não recomendável a disputa. Somente esses casos poderiam ser encarados como de natureza especial.

O posicionamento é adotado pelo STF, consoante voto do, à época, Mím. Joaquim Barbosa, no RE 199.649 AgR, o qual disciplinou:

Não é possível extrair do §1º do art. 97 da Emenda Constitucional nº 1/1969 a interpretação de que bastaria lei municipal para tornar inaplicável o concurso público. O entendimento a que chegou a jurisprudência dessa Corte é que a exigência de concurso para a primeira investidura em cargo público deveria ser vista como regra geral, podendo ser excepcionada, por lei do ente federado, apenas quando se tratasse de cargos cujas atribuições tornassem impossível ou não recomendável a disputa. Apenas nesses casos excepcionais, os chamados cargos de natureza especial, é que o concurso poderia ser dispensado (cf. do mim. Gilmar Mendes, "Princípio do Concurso Público na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal" *Revista de Informação Legislativa* a. 25 n. 100 out-dez 1988, p.163-174). [RE 199.649 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 14-9-2010, 2ª T, DJE de 8-10-2010.]

Outrossim, o art. 106 da EC 01/69, preconizou: *O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.* A aludida lei especial de que trata o dispositivo constitucional foi a Lei nº 6.185/74, que, em seus artigos 2º, 3º, 4º e 6º disciplinam:

Art. 2º Para as atividades inerentes ao Estado como Poder Público sem correspondência no setor privado, compreendidas nas áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e Contribuições Previdenciárias, Procurador da Fazenda Nacional, Controle Interno, e no Ministério Público, só se nomearão servidores cujos deveres, direitos e obrigações sejam os definidos em Estatuto próprio, na forma do art. 109 da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 6.856, de 1980) (Vide Lei nº 7.391, de 1985)

Art 3º Para as atividades não compreendidas no artigo precedente só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Parágrafo único. Os servidores a que se refere este artigo serão admitidos para cargos integrantes do Plano de Classificação, com a correspondente remuneração.

Art 4º A juízo do Poder Executivo, nos casos e condições que especificar, inclusive quanto à fonte de custeio, os funcionários públicos estatutários poderão optar pelo regime do artigo 3º. (Regulamento)[...]

Art 6º Os atuais funcionários que não fizerem a opção prevista no artigo 4º serão mantidos no regime estatutário.

O regulamento de que trará o art. 4º, é o Decreto nº 77.464 de 20 de abril de 1976, o qual regulamentava a forma como o servidor faria a opção, ou não pelo regime de legislação trabalhista.

Dito isso, o art. 19 do ADCT é destinado aos ocupantes de cargos de natureza especial, que, à época, não necessitava de concurso para serem providos e para aqueles que optaram, à época, pela legislação trabalhista como norma de regência, deste modo, à aplicabilidade do citado dispositivo seria para esses servidores, uma vez que os demais já seriam contratados por meio de concurso, na forma do §1º, do art. 97, EC 01/69.

3.2 INCONGRUÊNCIA DO §1º DO ART. 19 DO ADCT E O CAPUT

A falta de técnica e a distinção realizada pelo legislador no §1º, do art. 19 do ADCT são cristalinas, visto que, tal dispositivo uma vez interpretado sistematicamente com a nova ordem jurídica, ao condicionar os servidores já em exercício em seus cargos à submissão ao concurso para fins de efetivação, incorreu em contradição, tendo em vista que os servidores que preenchiam os requisitos ali dispostos tornaram-se estáveis de forma automática, de pleno direito, dada a eficácia plena do artigo citado.

A estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT, contemplou os servidores que preencheram os requisitos garantindo um direito excepcional já previsto nas constituições anteriores, consagrando e valorizando seus serviços prestados até então. Quando da análise histórica do tema, conclui-se que, anteriormente a CF/88, já existia servidores contratados sem concurso público, conquanto a previsão do instituto já tivesse sido consagrada desde a CF/34, ou seja, mesmo diante do comando constitucional, havia contratações de pessoal na forma e nos casos especificados acima.

Diante de tal fato o constituinte estendeu o direito a estabilidade aos servidores contratados sem concurso visando assegurar e prestigiar seus serviços prestados à Administração, uma vez que concluir de outra forma seria um verdadeiro ato ilegítimo e carente de equidade e legitimidade para com aqueles trabalhadores, com nítida afronta ao direito da pessoa humana, pois a criação de uma nova categoria de servidor (estável, mas

não efetivo), estabelece uma nova relação jurídica incompatível com nova sistemática constitucional.

De efeito, a nova ordem constitucional inaugurada pela CF/88, notadamente prevista no art. 39, preconiza o fim da pluralidade de regimes, de modo que todos os servidores deverão ser submetidos a um único regime jurídico, senão vejamos as palavras de Paulo Emílio Ribeiro de Viena:

Com a regência do art. 39, da Constituição Federal de 1988, a duplicidade de regime perdeu, prática e teoricamente o sentido, pois o que visou a nova Carta foi exatamente eliminar qualquer forma ou espécie de exploração de trabalho humano pela administração pública. A igualização não foi o objetivo imediato e principal do preceito, o objetivo foi, isso sim, assegurar a tutela jurídica a todos os trabalhadores estatais, que qualificamos, acima, como *servidores públicos*. O meio encontrado tomou a feição de uniformidade, ou seja, igualdade de regimes. (VIENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Constituição de 1988 – Servidor Público “Celetista” Concursado e Estabilidade. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 115, p. 263-274, jul./set. 1992 | Revista de Direito do Trabalho, n. 79 p. 54 a 62, set. 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176071>> Acesso em: 27/03/2017.

Como acertadamente concluído por Clovis Renato Costa Farias, em seu artigo publicado na rede mundial de computadores, cujo título é: Estabilidade Extraordinária de Servidores Públicos e a Busca Pela Justiça (Uma análise do art. 19 do ADCT/CF88 com base na teoria dos direitos fundamentais), no que importa citado:

Observe-se, contudo, que a literalidade do artigo em tela incorre em uma incoerência lógica entre os fatos sociais e a mens normativa, uma vez que veio com efeitos ampliativos que visam proteger os trabalhadores e respeitar os serviços por eles desenvolvidos até a ocasião. Algo constatado pelo fato de que a CF/67 já previa o concurso público para a efetividade e estabilidade dos servidores públicos, mas faticamente houve a contratação, em todos os entes e poderes da Federação por décadas, de um grande número de servidores pelo regime celetista, convivendo nas mesmas condições e prestando serviços equiparados aos estatutários. Comprova-se assim o caráter fático-jurídico de que o art. 19 do ADCT veio para criar uma situação excepcional para os obreiros por ele abarcados e pensar de forma contrária significa até mesmo mitigar a cidadania

dos obreiros que trabalharam para a administração pública, outro dos fundamentos da República brasileira, como assevera Torres², uma constelação de direitos e deveres do homem em comunidade. (FARIAS, Clovis Renato Costa. Estabilidade Extraordinária de Servidores Públicos e a Busca Pela Justiça (Uma análise do art. 19 do ADCT/CF88 com base na teoria dos direitos fundamentais). Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 9, n. 13, p. 2, 2011).

Deste modo, a previsão estabelecida pelo art. 19 do ADCT pode ser entendida como um direito oponível ao estado e aos particulares, uma norma ampliativa/contemplativa e restrita à parte do funcionalismo que à época integrava o corpo de servidores.

Logo, aplicando uma interpretação sistemática ao ordenamento constitucional, concluir que o art. 19 do ADCT criou uma nova categoria de servidores públicos – estáveis e não efetivos – seria um contrassenso aos princípios fundamentais em que se funda a CF/88. Destarte, foge ao razoável submeter os servidores nessa condição à penalização de não pertencer a qualquer carreira, sendo tratados apenas como servidores e fadá-los a permanecer estagnados, sem perspectivas quanto à base remuneratória tendo direito apenas à recomposição financeira com parâmetro na inflação.

Leis como a do Estado de Alagoas (Lei nº 7.697 de 09 de julho de 2015), a qual estabelece uma tabela de correspondência remuneratória entre os servidores que foram submetidos a concurso público com aqueles estáveis na forma do art. 19 do ADCT, excluindo, deste modo, o direito de fazer parte do plano de cargos e salários, sendo eles tratados de modo *sui generis* não se coaduna com os princípios constitucionais da dignidade do trabalhador e da dignidade da pessoa humana. A previsão legal pode ser entendida como violadora do direito da dignidade da pessoa humana por discriminar os servidores em tal situação.

Na lição de FARIAS, 2011, p. 4:

O reconhecimento da igualdade plena entre os servidores públicos concursados e os abrangidos pela estabilidade extraordinária atende também aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88), por pacificarem a questão quanto à qualidade do trabalhador e do trabalho prestado pelos detentores de estabilidade extraordinária, de forma que, se entendida de forma restritiva acaba por gerar interpretações equivocadas na sociedade e entre os servidores que são trabalhadores nessas condições, são inferiores ou prestam trabalho de menor qualidade do que os

detentores da estabilidade ordinária, malferindo o princípio irradiante da CF/88, a dignidade da pessoa humana.

Constrói-se, com esses pequenos ajustes hermenêuticos, uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88) e se promove o bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV, CF/88). Efetiva-se direito social, atende-se aos ditames valorativos da Constituição. Como declara Sarmiento, o Estado não mais se contenta com a proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei, assumindo como tarefa impostergável a promoção efetiva dessa igualdade no plano dos fatos.

Noutro giro, em parecer exarado pelo Advocacia Geral da União – AGU, como forma a aclarar o posicionamento aqui defendido no PARECER Nº - GM – 030 PROCESSO Nº - 00001.005869/2001-20, que obteve o “de acordo” do Presidente da República, que no que importa passo a transcrever:

Em primeiro lugar, parece não haver dúvida de que a interpretação da norma de estabilidade especial, vale dizer, excepcional, constante do Ato das Disposições Transitórias teve por objetivo, tal como passou a ser tradição nas Constituições brasileiras a partir de 1946, conceder a quantos servidores contassem com o tempo de serviço igual ou superior a cinco anos, na data da promulgação da Constituição – excepcionalmente – os mesmos direitos dos servidores efetivados no cargo pela regra geral de ingresso no serviço público mediante concurso e aquisição de estabilidade após um estágio chamado probatório.

De fato, a norma constitucional transitória estabeleceu a necessidade de concurso público para efetivação dos servidores não concursados, os quais tornou estáveis aos cinco anos de serviço. Contudo, entender que o legislador pretendeu criar uma espécie de servidor atípico, ou seja, com todos os direitos do servidor estável, exceto o direito a previdência por regime próprio dos servidores, é interpretação que não parece razoável.

A interpretação mais lógica e mais segura, é entender-se exatamente o oposto, ou seja, que, embora tenha concedido aos servidores não estáveis os mesmos direitos do servidor estável, inclusive, e naturalmente, a aposentadoria, quis o legislador, com a exigência do concurso, nada mais do que aperfeiçoar o processo de integração dos mesmos no serviço público, mediante a correção do meio de

ingresso no serviço público, via concurso, ressalte-se, de modo a retirar dos mesmos a condição de servidores com ingresso especial, ao viabilizar a integração completa dos mesmos no status de servidores efetivos comuns, inclusive pela forma de ingresso no serviço.

Ademais, o Professor Paulo Diniz, em artigo publicado com o título: “Estabilidade/Efetividade Atributos do Cargo Público”, assim asseverou:

4.2 Servidores públicos civis ocupantes de cargos efetivos ou celetistas ocupantes de empregos permanentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, ou seja, 06.10.1998, há pelo menos cinco anos contínuos, e que não tenham sido admitidos por concurso público.

4.3 A Constituição não criou dois tipos de estabilidades. Estabeleceu sim, duas formas de aquisição de estabilidade por servidores detentores de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas. Não pode, por conseguinte, a Administração Pública, adstrita a que está ao princípio da legalidade, criar arbitrariamente dois tipos de estabilidades: conceder direitos a uns para desenvolvimento na carreira e negar a outros. Por consequência teríamos por absurdo e duas categorias de servidores. Como resultado tem-se: servidor efetivo com estabilidade, e, servidores não estáveis, mas com o atributo da efetividade.

4.4 Os cargos efetivos e os empregos permanentes foram transformados em cargos efetivos. O cargo efetivo assegura ao seu titular o efetivo exercício das atribuições a ele inerentes. Em outras palavras a efetividade como atributo do cargo efetivo assegura ao seu titular o exercício das atribuições inerentes a cada cargo. Onde a lei não distinguiu, não cabe ao interprete fazê-lo.

[...]

7- A estabilidade é um atributo do cargo público que assegura a continuidade da prestação do serviço público que é de caráter permanente. Não há que se confundir estabilidade com efetividade.

É a própria Constituição que faz esta distinção. O servidor estável há de ser efetivo, mas nem todo servidor efetivo é estável. **Negrito e grifo nosso**

[...]

Não existem duas formas dos tipos de estabilidade, existem sim, duas formas de aquisição de estabilidade: uma após aprovação em concurso público e em estágio probatório, e, a outra concedida pelo maior poder que uma nação democrática possui: o Poder Constituinte cuja vontade e decisão está expressa no Art. 19, dos ADCT: Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

Entretanto, como acima tratado, os servidores estáveis na forma do art. 19 do ADCT, têm o direito a fazer parte do plano de cargos e carreiras em igualdade de condições, uma vez que ocupam cargos efetivos e desempenham atividades iguais daqueles que prestaram concurso público. Entender de outra forma seria se contrapor ao princípio da legalidade, visto que os atos praticados pelos servidores estariam eivados de ilegalidade uma vez que eles não ocupariam cargos e, por conseguinte, não teriam legitimidade para praticá-los.

Logo, é de clareza solar a vontade do legislador originário em não instituir duas categorias de servidores públicos distintas, uma legitimada a gozar das benesses da carreira; ao revés, a outra apenas ocupar um "espaço" até que possa se aposentar, não parece das mais escorregadas interpretações a ser dada a nossa Carta Maior.

VISÃO DOS TRIBUNAIS SOBRE O TEMA:

Inicialmente vejamos o posicionamento do STF sobre o tema extraída do sítio eletrônico do STF, na parte de legislação anotada – A Constituição e o Supremo, que, no que se refere ao art. 19 do ADCT, em um de seus enunciados preleciona:

A norma do art. 19 do ADCT da Constituição brasileira possibilita o surgimento das seguintes situações: a) o servidor é estável por força do art. 19 do ADCT e não ocupa cargo de provimento efetivo; b) o servidor que se tornou estável nos termos do art. 19 do ADCT ocupa cargo de provimento efetivo após ter sido aprovado em concurso

público para o provimento deste cargo; c) o servidor ocupa cargo de provimento efetivo em razão de aprovação em concurso público e é estável nos termos do art. 41 da CR. O STF já se manifestou sobre essas hipóteses e, quanto às listadas nos itens a e b, firmou o entendimento de que, independentemente da estabilidade, a efetividade no cargo será obtida pela imprescindível observância do art. 37, II, da CR.

[ADI 114, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 26-11-2009, P, DJE de 3-10-2011.]

Vide ADI 100, rel. min. Ellen Gracie, j. 9-9-2004, P, DJ de 1º-10-2004

Em seguida, vejamos o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. REGIME CELETISTA. EQUIPARAÇÃO AOS EFETIVOS PELA LEI PARANAENSE 10.219/02. APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO. LEI PARANAENSE 6.174/70. LICENÇA ESPECIAL. BENEFÍCIO CONDICIONADO À ESTABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME DADA PELO PRETÓRIO EXCELSO.

ADIN. 1.695/PR. RECURSO DESPROVIDO.

[...] 2. O Pretório Excelso, porém, no julgamento da ADIN 1.695/PA, da relatoria do eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA (DJU 28.05.2004), deu interpretação conforme a Constituição ao § 2º do art. 70 da Lei Paranaense 10.219/92, sem redução de texto, fixando a exegese de que os Servidores oriundos do regime celetista, mesmo que considerados estáveis no serviço público, por força do art. 19 do ADCT, não se equiparam aos efetivos, no que concerne aos efeitos legais que dependam do requisito da efetividade.

3. O art. 247 da Lei do Estado do Paraná 6.174/70, ao prever o benefício da licença especial, apesar de não condicioná-lo à efetividade, limitou-o aos funcionários estáveis que, durante o período de dez anos consecutivos, não tenham se afastado do exercício de suas funções.

4. Salvo na hipótese excepcional prevista no art. 19 do ADCT, a efetividade é pressuposto necessário da estabilidade, o que afasta a sua aquisição por parte do servidor empregado público regido pela CLT, mesmo após a transposição para o regime estatutário, no que concerne ao direito à percepção de vantagens.

[...]

(RMS 25.996/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2009, DJe 01/02/2010)

A seguir, passemos a análise da jurisprudência dos Tribunais:

ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO CÍVEL - PENSÃO POR MORTE - ARSENAL DE MARINHA DO RIO DE JANEIRO - CONTRATO DE TRABALHO - CLT - ART. 19 DO ADCT - AQUISIÇÃO DE ESTABILIDADE - NÃO EFETIVIDADE - NÃO APLICAÇÃO DA LEI 8.112/90 - ART. 243, § 1º DA LEI 8.112. 1

[...] 3 - Esta estabilidade especial instituída pelo art. 19 do ADCT conferiu ao servidor civil apenas a prerrogativa de garantia de permanência no cargo em que ocupava, sendo necessário para dispensá-lo a comprovação de falta funcional grave apurada em processo administrativo ou judicial assegurado o contraditório e a ampla defesa. **É tão somente este o intuito da disposição transitória. Tal artigo não tem o condão de dar ao servidor civil efetividade.** Esta é adquirida com a realização de concurso público e com a estabilidade especial não se confunde. Assim sendo, não goza também dos benefícios próprios de servidores públicos concursados. 4 - Esta questão já foi sedimentada no Superior Tribunal Federal no RE 167635 / PA, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento em 17/09/1996, Segunda Turma, publicação DJ 07-02-1997: RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTADUAL ADMITIDO SEM CONCURSO PÚBLICO E REDISTRIBUÍDO PARA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO. EFETIVAÇÃO POR RESOLUÇÃO DA MESA. FORMA DERIVADA DE INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO. DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO PELA MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ILEGALIDADE DO ATO QUE DECLAROU A NULIDADE DA INVESTIDURA DO SERVIDOR. IMPROCEDÊNCIA. EFETIVIDADE E ESTABILIDADE. (...) 2. Efetividade e estabilidade. Não há que confundir efetividade com estabilidade. Aquela é atributo do cargo,

designando o funcionário desde o instante da nomeação; a estabilidade é aderência, é integração no serviço público, depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, e adquirida pelo decurso de tempo. 3. Estabilidade: artigos 41 da Constituição Federal e 19 do ADCT. **A vigente Constituição estipulou duas modalidades de estabilidade no serviço público:** a primeira, prevista no art. 41, é pressuposto inarredável à efetividade. A nomeação em caráter efetivo constitui-se em condição primordial para a aquisição da estabilidade, que é conferida ao funcionário público investido em cargo, para o qual foi nomeado em virtude de concurso público. A segunda, prevista no art. 19 do ADCT, é um favor constitucional conferido àquele servidor admitido sem concurso público há pelo menos cinco anos antes da promulgação da Constituição. **Preenchidas as condições insertas no preceito transitório, o servidor é estável, mas não é efetivo, e possui somente o direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido, todavia sem incorporação na carreira, não tendo direito a progressão funcional nela, ou a desfrutar de benefícios que sejam privativos de seus integrantes. 3.1. O servidor que preencher as condições exigidas pelo art. 19 do ADCT-CF/88 é estável no cargo para o qual fora contratado pela Administração Pública, mas não é efetivo.** Não é titular do cargo que ocupa, não integra a carreira e goza apenas de uma estabilidade especial no serviço público, que não se confunde com aquela estabilidade regular disciplinada pelo art. 41 da Constituição Federal. Não tem direito a efetivação, a não ser que se submeta a concurso público, quando, aprovado e nomeado, fará jus à contagem do tempo de serviço prestado no período de estabilidade excepcional, como título. (...) (grifo nosso [...]). (TRF-2 - AC - APELAÇÃO CÍVEL : AC 201051010217761. Órgão Julgador: OITAVA TURMA ESPECIALIZADA. Publicação: 07/02/2014. Julgamento: 29 de Janeiro de 2014. Relator: Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER) **sem negrito no original**

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE MIRACEMA. ART. 19 DO ADCT. PRETENSÃO DE REENQUADRAMENTO NA CARREIRA. MAGISTÉRIO MUNICIPAL.

[...]

3- ESTABILIDADE EXCEPCIONAL PARA SERVIDORES NÃO CONCURSADOS DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS QUE, QUANDO DA PROMULGAÇÃO DA CF, CONTASSEM COM, NO MÍNIMO, CINCO ANOS ININTERRUPTOS DE SERVIÇO PÚBLICO, QUE NÃO SE CONFUNDE COM ESTABILIDADE.

4- ADOÇÃO DO ENTENDIMENTO SUFRAGADO PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO SENTIDO DE QUE O "SERVIDOR QUE PREENCHER AS CONDIÇÕES EXIGIDAS PELO ART. 19 DO ADCT SERÁ ESTÁVEL NO CARGO PARA O QUAL FORA CONTRATADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MAS NÃO EFETIVO. NÃO É TITULAR DO CARGO QUE OCUPA, NÃO INTEGRA A CARREIRA E GOZA APENAS DE UMA ESTABILIDADE ESPECIAL NO SERVIÇO PÚBLICO, QUE NÃO SE CONFUNDE COM AQUELA ESTABILIDADE REGULAR DISCIPLINADA PELO ART. 41 DA CF. NÃO TEM DIREITO A EFETIVAÇÃO, A NÃO SER QUE SE SUBMETA A CONCURSO PÚBLICO"(RE Nº 167.635, MIN. MAURÍCIO CORREA; ADI Nº 114, MIN. CARMEM LÚCIA). 5REFORMA DA SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO (SÚMULA Nº 253 DO STJ). (TJ-RJ - REEXAME NECESSÁRIO : REEX 00052242620118190034 RIO DE JANEIRO MIRACEMA 2 VARA. Órgão Julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL. Partes: AUTOR: Maria Lucia Rangel Alvim, REU: Município de Miracema. Publicação: 19/03/2013. Julgamento:15 de Março de 2013. Relator: MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA)

Pelo acima demonstrado, e não poderia ser diferente, os tribunais ordinário e o STJ seguem o posicionamento do STF no sentido de que há mais de uma classe de servidores [(a) o servidor é estável por força do art. 19 do ADCT e não ocupa cargo de provimento efetivo; b) o servidor que se tornou estável nos termos do art. 19 do ADCT ocupa cargo de provimento efetivo após ter sido aprovado em concurso público para o provimento deste cargo; c) o servidor ocupa cargo de provimento efetivo em razão de aprovação em concurso público e é estável nos termos do art. 41 da CR]. O que, conforme analisado, destoa da lógica e da equidade para com os aludidos servidores.

4 CONCLUSÃO

A real finalidade do art. 19 do ADCT uma vez aplicada às técnicas de interpretação da norma jurídica, como a histórica, sistemática e a teleológica, nos conduz a exegese de que não fora criada uma nova categoria de servidor público quando da promulgação da Carta de 1988, e sim uma estabilização e unificação dos regimes que regulariam as carreiras dos servidores públicos que à época da entrada em vigor da nova ordem constitucional se

enquadravam ou tinham sido contratados por outra forma que não o concurso público, mas que ao tempo era constitucional devido à natureza do cargo.

Conjugando a análise histórica com o princípio da dignidade da pessoa humana extrai-se do texto ora em análise que a norma contemplou uma determinada categoria de servidores com a estabilidade nos cargos ou carreiras das quais fazem parte, e não os segregou em uma carreira *sui generis*, anômala as regras atualmente vigentes, se assim o quisesse teria expressamente os excluídos de seus cargos e disposto especificamente quanto a suas novas atribuições.

Quando da análise da jurisprudência é vista uma patente injustiça para com os servidores, ao ponto de trata-los como servidores sem carreira, sem direito a progressão e, conseqüentemente, sem direito a progressão quanto aos padrões remuneratórios o que se afigura totalmente em descompasso com o princípio da dignidade do trabalhador e da pessoa humana, pois são como se estivessem ali por uma benesse, favor do Estado e não por seus serviços prestados. Os contemplados pela norma não se submeteram a concurso, não por opção, mas pela natureza do cargo que ocupavam que não necessitavam de submissão ao instituto por expressa disposição constitucional (§ 1º do art. 97 da EC 01/69).

A atual constituição garantiu àqueles a estabilidade, essa entendida como consequência da efetividade e não ao contrário, além disso uma vez ocupando um cargo público efetivo o servidor adquire a estabilidade após o preenchimento de outros requisitos e não há como conceber uma estabilidade afastada de um cargo, torna-se vazia a previsão constitucional pois a investidura do servidor no cargo e sua permanência, bem como sua competência não estariam previstas em lei e deste modo seriam ilegais.

Destarte, não há confundir os servidores que burlaram os sistema por meio de leis dos entes políticos inconstitucionais concebidas para burlar o instituto republicano do concurso público, muitas delas declaradas inconstitucionais pelo STF (RE 199.649, citado na pág. 7 deste trabalho), com aqueles que ocuparam os cargos de natureza especial previsto na EC 01/69, em seu § 1º do art. 97, esses sim, reais destinatários da norma.

Portanto, a previsão transitória da constituição fora uma forma de contemplar e enquadrar os servidores a nova ordem instituída, os quais deveriam ter seus direitos assegurados assim como aqueles que passaram por um concurso, pois esta, sem dúvida, é a interpretação que garante a máxima efetividade do texto constitucional como um todo não apenas atendo-se a literalidade disposta no art. 19 do ADCT.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Lei nº 7.697, de 09 de julho de 2015. Estabelece a tabela de correspondência remuneratória aos servidores estáveis do poder judiciário de alagoas, e adota outras providências. Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacaogabinete>>. Acesso em: 27/03/2017.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil 16 de Julho de 1934. Sala das Sessões da Assembléia Nacional Constituinte, na cidade do Rio de Janeiro, em dezesseis de julho de mil novecentos e trinta e quatro. Endereço eletrônico: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 21/03/2017

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de Novembro de 1937. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Endereço eletrônico: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 21/03/2017.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de Setembro de 1946. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Endereço Eletrônico: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 21/03/2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Brasília, 24 de janeiro de 1967. Endereço eletrônico: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 21/03/2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969. Brasília, 17 de outubro de 1969. Endereço Eletrônico: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 21/03/2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Endereço Eletrônico: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm#adct> Acesso em: 21/03/2017.

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil de 25 de março de 1824. Rio de Janeiro em 22 de Abril de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 24/03/2017.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de Fevereiro de 1891. Rio de Janeiro, em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em: 24/03/2017.

BRASIL. LEI Nº 6.185, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1974. Dispõe sobre os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica, segundo a natureza jurídica do vínculo empregatício, e dá outras providências. Brasília, 11 de dezembro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6185.htm> . Acesso em: 27/03/2017

BRASIL. DECRETO Nº 77.464 - DE 20 DE ABRIL DE 1976. Regulamenta o artigo 4º da Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974, e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=77464&tipo_norma=D&data=19760420&link=s>. Acesso em: 27/03/2017

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. Estabilidade/Efetividade Atributos do Cargo Público. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/estabilidade-efetividade-atributos-do-cargo-publico/18369/#ixzz3a8wQjEOs>>. Acesso em: 23/03/2017.

FARIAS, Clovis Renato Costa. Estabilidade Extraordinária de Servidores Públicos e a Busca Pela Justiça (Uma análise do art. 19 do ADCT/CF88 com base na teoria dos direitos fundamentais). Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 9, n. 13, p. 2, 2011

FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30ªed., São Paulo: Atlas, 2016

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008

MENDES, Gilmar. Princípio do Concurso Público na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181886/000442090.pdf?sequence=1>> . Acesso em 24/03/2017.

Parecer Nº - GM – 030. AGU. DOU Nº 65, quinta-feira, 3 de abril de 2003 1 15 ISSN 1677-704. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081014-105059-449.pdf> . Acesso em : 22/03/2017.

RE 199.649 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 14-9-2010, 2ª T, DJE de 8-10-2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

VIENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Constituição de 1988 – Servidor Público “Celetista” Concursado e Estabilidade. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 115, p. 263-274, jul./set. 1992 | Revista de Direito do Trabalho, n. 79 p. 54 a 62, set. 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176071>> Acesso em: 27/03/2017

VIENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Revista de informação legislativa, v. 16, n. 61, p. 127-144, jan./mar. 1979 | Revista LTR : legislação do trabalho, v. 43, n. 10, p. 1263-1273, out. 1979 | Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 34, p. 65-88, 1979. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181106>>. Acesso em: 27/03/2017.

Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=2176>>. Acesso em: 30/04/2017.

Superior Tribunal de Justiça – STJ. RMS 25.996/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2009, DJe 01/02/2010.

Tribunal Regional Federal da 2ª Região. TRF-2 - AC - APELAÇÃO CIVEL : AC 201051010217761. Órgão Julgador: OITAVA TURMA ESPECIALIZADA. Publicação: 07/02/2014. Julgamento: 29 de Janeiro de 2014. Relator: Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ - Reexame Necessário : Reex 00052242620118190034 Rio de Janeiro Miracema 2ª VARA. Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível. Publicação: 19/03/2013. Julgamento:15 de Março de 2013. Relator: Myriam Medeiros da Fonseca Costa)

A DEPRESSÃO DE PROFISSIONAIS DE TELEMARKEETING COMO ACIDENTE DE TRABALHO

LETÍCIA CRISTINA PEREIRA STARLING:
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário –
Una

GABRIELA OLIVEIRA DE BRITO¹⁹

(coautora)

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de discutir se a depressão pode ser considerada acidente de trabalho, demonstrando o nexo causal entre a depressão e o profissional de telemarketing, bem como o conceito de depressão e os direitos trabalhistas desses profissionais. Para elaborar a pesquisa, os métodos utilizados foram: população e amostragem, a fim de identificar o percentual de atendentes de telemarketing acometidos pela depressão no ambiente de trabalho e a coleta de dados junto a Previdência Social, Tribunal Regional do Trabalho e jurisprudência, com o objetivo de levantar números de reclamações trabalhistas decorrentes da aquisição da depressão no ambiente de trabalho. Através de pesquisas, o resultado demonstrado foi que a pressão sofrida, o ambiente nocivo de trabalho, às condições prejudiciais à saúde mental, a busca constante por resultados e até mesmo a rotatividade de profissionais nessa área, tem aumentado drasticamente o índice de depressão decorrente das atividades executadas por esses colaboradores. A Conclusão da pesquisa é a fim de demonstrar que a pressão e a carga de tarefas atribuída aos atendentes no trabalho, é o que vem causando elevados níveis de depressão, sendo necessário a modificação do ambiente, para trazer conforto e segurança psicológica, com a finalidade de diminuir o índice de depressão resultantes desse setor no mercado de trabalho.

Palavras-chave: Depressão, acidente de trabalho, operador de telemarketing, Saúde do trabalhador.

ABSTRACT: This article aims to discuss whether depression can be considered an accident at work, demonstrating the causal link between depression and the telemarketing professional, as well as the concept of depression and the labor rights of these professionals. To elaborate the research, the methods used were: population and sampling, in order to identify the percentage of telemarketing attendants affected by depression in the work environment and data collection with the Social Security, Regional Labor Court and jurisprudence, with the objective of raising numbers of labor complaints arising from

¹⁹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário – Una.

the acquisition of depression in the workplace. Through research, the result demonstrated was that the pressure suffered, the harmful work environment, the harmful conditions to mental health, the constant search for results and even the turnover of professionals in this area, has dramatically increased the rate of depression resulting from activities performed by these employees. The conclusion of the research is in order to demonstrate that the pressure and the burden of tasks attributed to the attendants at work, is what has been causing high levels of depression, being necessary the modification of the environment, to bring comfort and psychological security, with the purpose decrease the rate of depression resulting from this sector in the labor market.

Keywords: Depression, work accident, telemarketing operator, occupational health.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar se e quando a depressão pode ser considerada acidente de trabalho aos profissionais de telemarketing.

A depressão é uma disfunção neurológica que resulta em alterações químicas no cérebro, que no portador, gera oscilações de humor, sentimentos de desesperança, baixa autoestima, medo, vazio existencial, ausência de apetite ou excesso do mesmo, pessimismo, tristeza profunda e até mesmo o isolamento social, que podem levar o indivíduo ao suicídio.

A medicina explica que a doença ocasiona alterações físicas no enfermo (dores de cabeças, dores musculares, vômito, enjoo, tontura, variações no ritmo cardíaco, queda de cabelo, hematomas na pele, dentre outros), sendo uma facilitadora para o surgimento de outras doenças.

O profissional de telemarketing é submetido a jornadas de trabalho exaustivas e estressantes. A saúde mental destes trabalhadores é afetada pelas excessivas cobranças para o cumprimento de metas e muitas vezes tem condições de trabalho deploráveis, em que há situações de maus tratos e humilhações, que acabam resultando ou desencadeando a depressão.

A depressão é atualmente reconhecida como o mal do século e neste sentido, cresceu o número de ações trabalhistas, que visam o reconhecimento donexo causal e o trabalho desempenhado pela parte, a fim de obter indenização. Partindo deste pressuposto, iremos analisar se e quando a depressão acometida aos profissionais de telemarketing poderá ser considerada acidente de trabalho.

Uma vez que exista pré-disposição para a depressão, as condições de uma jornada de trabalho excessivo, exposição constante a situações de estresse, assédio moral e estresse pós-traumático no ambiente de trabalho, são exemplos de situações que podem

levar o indivíduo a desenvolver a doença. Aqui vamos analisar o nexo causal entre a depressão e o trabalho e em quais condições ela pode vir a ser considerada acidente de trabalho, pois o seu reconhecimento é fundamental para preservar a saúde do trabalhador.

2 A DEPRESSÃO E O PROFISSIONAL DE TELEMARKETING

A depressão é o mal do século e estudos que apontem a relação do surgimento da doença em trabalhadores se faz pertinente. O trabalho possibilita realizações e crescimentos pessoais e profissionais, mas o perigo está no processo.

A profissão de telemarketing, em razão da excessiva pressão por resultados, é uma das que mais adoecem psicologicamente os profissionais que nela atuam. (Sérgio Roberto de Lucca e outros, 2014)

2.1 Conceito de depressão

A Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS, conceitua a depressão como sendo “um transtorno mental caracterizado por tristeza persistente e pela perda de interesse em atividades que normalmente são prazerosas, acompanhadas da incapacidade de realizar atividades diárias, durante pelo menos duas semanas”. (OPAS, 2016-2017)

Para Graziella Ambrósio, “a definição depressão refere-se a um sofrimento psíquico e/ou dor moral desencadeada por uma insatisfação ou um acontecimento desagradável que interfere significativamente na diminuição da qualidade de vida, na produtividade e capacitação social do indivíduo”.

2.2 O nexo causal entre a depressão e o profissional de telemarketing

É sabido há muito tempo, que as más condições de trabalho podem acarretar o adoecimento do empregado. O médico italiano Bernardino Ramazzine tornou-se referência sobre enfermidades ocupacionais e considerado posteriormente, como o pai da medicina do trabalho, através de seu livro intitulado “De Morbis Artificum Diatriba”, publicado ao final do século XVII, traduzido para o português como “As doenças dos trabalhadores”. Ramazzine aborda em seu livro a importância de avaliar se no trabalho, acharia a causa de seu adoecimento. (Sueli Teixeira, 2007)

Na psicologia, o trabalho passou a ter maior atenção e através de estudos, foram apontados fatores mentais, que geravam satisfação na atividade desempenhada, relacionando com a metodologia de organização, motivação e prática psicológica sobre diversas funções, de natureza econômica, ganhando o nome de psicologia organizacional. Somente a partir da metade do século XX, a relação entre o trabalho como fato gerador de doença psicológica, fora levada para o campo científico. Assim, as doenças psíquicas,

por meio de pesquisas, foram inseridas na relação de doenças ocupacionais. (Sueli Teixeira, 2007)

Quando se fala em nexo causal, para Graziella Ambrósio, “é a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado, sendo certo que, por meio dele, é possível concluir quem é o causador do dano”.

Os profissionais de telemarketing são constantemente submetidos a condições de trabalho em níveis elevados de estresse, em razão das cobranças, a relação com os gestores e com os colegas de trabalho (Sérgio Roberto de Lucca e outros, 2014).

Estes operadores sofrem com a pressão para atingirem metas, o medo da demissão e a sobrecarga da jornada de trabalho, uma vez que não podem parar de produzir e gerar lucro. A comunicação robotizada, baseada em um script definido, com a ausência de emoção, impossibilita que o atendente tenha um diálogo com o cliente do outro lado da linha e isso resulta no cansaço mental. O empregador controla o comportamento de seus operadores e a maneira como os mesmos manifestam as suas emoções, entretanto, os danos emocionais resultantes deste controle absoluto não são possível ser modificado ou não sentido. (Ada Ávila Assunção e outro, 2007)

A incompatibilidade do script, com os sentimentos reprimidos dos atendentes pode estar correlacionada ao desenvolvimento do quadro depressivo desses colaboradores e nas palavras de Ada Ávila Assunção, “os efeitos são mais intensos quando a inibição das emoções é crônica, inflexível e insensível às nuances do ambiente social” e por mais que o indivíduo tenha o escape dessa experiência nas suas relações familiares, os efeitos negativos da retenção de sentimentos desencadeia problemas psicológicos jamais tido antes. O que o empregador quer de seus empregados o cumprimento de metas e o problema está no processo para alcançar tal objetivo. (Ada Ávila Assunção e outro, 2007)

Tendo em vista a demonstração da causa e o efeito, há o nexo causal nas atividades desempenhadas pelo profissional de telemarketing, pois, de acordo com Graziella Ambrósio, “o trabalho deve ser a condição que necessariamente produza a depressão, de maneira que, sem determinado trabalho, o prejuízo não poderia ter lugar”.

2.3 A influência da depressão no rendimento do empregado

A depressão afeta negativamente a vida das pessoas em todas as áreas, trazendo grandes consequências inclusive no rendimento do trabalho independente da profissão exercida. Desta forma não só o trabalhador é afetado como também o empregador, a doença mental tende a diminuir o rendimento da atividade exercida, pois entre as consequências da depressão está a diminuição da capacidade de pensar, se concentrar e a perda da vontade de realizar as atividades.

O profissional do telemarketing normalmente é muito cobrado quanto á números e agilidade nos atendimentos, desta forma a depressão inicialmente silenciosa começa a atrapalhar a realização das ligações e a forma como é realizado o atendimento aos clientes, um profissional que fazia anterior a depressão 200 ligações por dia começa a fazer menos da metade, ou até mesmo se atrasar ou nem comparecer ao trabalho, a partir disso a empresa começa ser afetada também.

A influência da depressão no rendimento do empregado calcula-se que os empregadores norte-americanos gastam cerca de 44 bilhões de dólares anualmente com a perda de produtividade secundária à depressão, (Instituto Gallup, 2016)

Ainda conforme o Instituto Gallup, sobre produtividade do trabalhador;

os casos de absenteísmo provocados por depressão custam anualmente 23 bilhões de dólares para as empresas dos Estados Unidos. No Brasil não há estimativas do impacto direto da depressão no entanto é possível inferir que esse custo também é bastante expressivo, uma vez que a média do tempo de afastamento necessário para a recuperação da depressão foi de 65,7 dias, totalizando perda de 4.137 dias não trabalhados. (Instituto Gallup, 2016)

A partir desses elevados números pode-se concluir que financeiramente as empresas sofrem imensas perdas decorrentes da depressão quando presente no ambiente de trabalho, já a perda da saúde mental do trabalhador é imensurável, pois desencadeiam uma série de problemas na vida como um todo.

A depressão é desenvolvida por vários fatores, e só o fato do trabalhador exercer uma atividade que para ele não é satisfatória já gera a perda de interesse e torna a rotina maçante, além dessa insatisfação junta as cobranças, monitoramento, pressão, insultos por parte dos clientes e diversas outras situações em que o profissional se submete, dando início ao desenvolvimento da doença decorrente do trabalho, as empresas no geral estão preocupada apenas com o lucro e esquecessem os funcionários, toda via um colaborador feliz tende a render mais e isso deveria ser observados por elas.

2.4 Principais índices da depressão no cotidiano do profissional de telemarketing

A depressão se inicia de forma silenciosa com sintomas discretos que aos poucos vão ficando mais nítidos, uns dos sintomas mais comuns é a insônia, pesadelos constantes com o trabalho, a perda do interesse em exercer as atividades diárias, esgotamento, tensão,

ansiedade, exaustão emocional, o receio em ir trabalhar, os profissionais já não têm mais a mesma facilidade para entregar suas tarefas no prazo.

Podemos citar alguns relatos de profissionais de telemarketing que tiveram indícios de depressão, retirados de uma matéria do site G1, 2018;

Eu tinha pesadelo com meta, sonhava que seria mandada embora, sonhava que meu supervisor era um monstro que me perseguia para eu bater a meta. No fim, eu já não conseguia nem dormir, ficava pensando no inferno que seria o dia seguinte. (Relato da call center Nicole ao site G1, 2018)

Relato do call center Cristiano; "Eu estava falando com cliente e falei para o meu amigo do lado: estou passando mal, acho que vou morrer. Larguei o telefone e nem sequer conseguia sair da cadeira". (Site G1, 2018)

Relatos como esses são frequentemente comuns entre esses profissionais tanto por pressão da empresa quanto por maus tratos dos clientes.

O ambiente de trabalho contribui muito para o surgimento dessa doença, em ambientes com extrema pressão a depressão se manifesta em mais quantidade, um psicólogo vai diagnosticar a doença com mais facilidade, toda via, os sintomas são bem claros para que o trabalhador perceba que algo em si não está funcionando de forma correta, a partir disso o apoio fornecido pela empresa faz muita diferença. Porém os sinais vão aparecer de formas diferentes de pessoa pra pessoa, mas alguns sintomas são mais comuns de se manifestar, dentre eles podemos citar a desânimo, tristeza, irritabilidade, ansiedade, indisposição, incapacidade e demais outros.

3 DIREITOS PREVIDENCIARIOS E TRABALHISTAS

O art. 1º da lei 8.213 de 1991 conceitua a finalidade da previdência e nos diz que:

Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

E quanto ao seu objetivo, o artigo 2º da mesma lei nos diz:

Art. 2º A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:

- I - universalidade de participação nos planos previdenciários;
 - II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
 - III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios;
 - IV - cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente;
 - V - irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo;
 - VI - valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo;
 - VII - previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional;
 - VIII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados.
- Parágrafo único. A participação referida no inciso VIII deste artigo será efetivada a nível federal, estadual e municipal.

De acordo com Richard Bernd Glasenapp, “os contribuintes do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), são todas as pessoas físicas ou jurídicas que efetuam o pagamento das contribuições sociais, de forma obrigatória (por determinação legal) ou facultativa (por vontade própria)” (Glasenapp, 2015).

Os contribuintes por determinação legal, são pessoas físicas e jurídicas (empregados e empregadores respectivamente) e os facultativos, são por exemplo, estudantes e trabalhadores informais (Richard Bernd Glasenapp, 2015).

As contribuições previdenciárias são retidas na fonte, ou seja, diretamente do salário do trabalhador formal e os benefícios são gozados somente por pessoas físicas. (Richard Bernd Glasenapp, 2015).

O direito do trabalho é uma das áreas do direito que regulamenta as relações trabalhistas, sejam elas individuais ou coletivas, trazendo em seu dispositivo legal regras que são de interesse do empregado e empregador (Ricardo Bernd Glasenapp, 2015).

Também na lei 8.213 de 1991, em seu artigo 118, há a garantia de trabalho ao empregado acidentado no trabalho, no período de 12 meses, após a cessação do auxílio-doença, conforme a seguir:

Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

De acordo com Carla Tereza Martins (2018, p. 642), “o fundamento de tal estabilidade reside na grande dificuldade que o empregado que tenha sofrido acidente de trabalho ou, por equiparação, que seja portador de doença profissional encontra para se recolocar no mercado de trabalho. A garantia visa a remediar esse mal, proporcionando ao trabalhador segurança em uma fase em que poderá apresentar certa fragilidade, com redução do ritmo normal de trabalho”.

Para que a estabilidade seja reconhecida, é preciso que dois requisitos sejam preenchidos, quais sejam: o empregado se manter afastado de suas atividades laborais pelo prazo mínimo de 15 dias em decorrência do acidente ou doença ocupacional e que este empregado tenha recebido o auxílio doença (Carla Tereza Martins, 2018).

Conforme entendimento da Súmula 378 do STF, mesmo que o empregado esteja numa relação contratual de trabalho por prazo determinado ou de experiência e tenha sofrido um acidente de trabalho na vigência destas modalidades de contrato, a estabilidade será assegurada, conforme a seguir:

“Súmula 378, TST: III — O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91”.

É importante frisar que o contrato por prazo determinado não se transformará em contrato por prazo indeterminado, mesmo havendo a garantia provisória de emprego pelo período de 12 meses, à partir da data de recebimento do último benefício previdenciário (Carla Tereza Martins, 2018).

De acordo com Carla Tereza Martins (2018, p. 644), “o fato de o infortúnio e, por conseguinte, o gozo do auxílio doença ocorrerem na vigência do aviso prévio trabalhado,

não retira do empregado o direito à garantia de emprego prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91." E neste mesmo sentido, o STF, através da Súmula 371, nos diz:

Súmula 371, TST: "A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período do pré-aviso ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário".

Logo, a dispensa do empregado que ocorrer durante a concessão do aviso prévio será considerada nula, pois a demissão somente poderá ocorrer após o fim da concessão do auxílio doença.

3.1 Doença Ocupacional e o Acidente de Trabalho

Conforme artigo 19 da lei 8.213 de 1991, o acidente de trabalho ocorre a serviço da empresa pelo empregador doméstico ou os segurados especiais, previstos no art. 11, inciso VII desta mesma lei, que nos diz que *"como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros"* que resulte na capacidade do trabalhador retomar com suas atividades de forma temporária ou permanente.

Art. 19:" Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho."

A doença do trabalho ou ocupacional, conforme o artigo 20 da Lei 8. 213 de 1991, surge ou é desencadeada no ambiente laboral e assim nos diz, em seus incisos I e II:

Art. 20. "Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.”

O artigo 21 da mesma lei, por equiparação, liga o acidente e o trabalho, mesmo se as atividades laborais não tenham sido as causas exclusivas para o adoecimento do colaborador, mas que tenham contribuído para este fim.

Art. 21. “Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

A depressão acometida a profissionais, em razão da execução do seu trabalho ou ao ambiente laboral ao qual está inserido, não está no rol taxativo de acidentes trabalhistas, entretanto, o parágrafo 2º do artigo 20 da Lei 8.213 de 1991 nos diz que “em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho, sendo portanto, doença ocupacional equiparada a acidente de trabalho”.

3.2 Concessão do Auxílio Doença por Acidente de Trabalho

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a depressão equiparada a acidente de trabalho. Muito embora ela não esteja efetivamente transcrita, de acordo com Marcos Luiz Zoia e Joseval Martins, “no rol das doenças ocupacionais elaborada pelo Ministério do Trabalho e pela Previdência Social”, o art. 20, §2º da Lei 8.213 de 1991 já citado aqui, identificado que o trabalhador adoeceu em razão do ambiente de trabalho ou pela execução de suas atividades, a Previdência Social deverá reconhecer que a doença ocupacional, por equiparação, como acidente de trabalho.

Constatada a depressão e o nexos causal com o trabalho, o empregado terá direito seguro contra acidentes e a indenização, previsto no artigo 7º da Constituição Federal, em seu inciso XXVII.

Art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”

Havendo o reconhecimento do nexos causal entre a depressão e o trabalho, um perito do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social irá conceder o afastamento do trabalhador pelo código B-91 destinado a concessão de auxílio doença por acidente de trabalho (Marcos Luiz Zoia e Joseval Martins, 2018).

O beneficiário afastado terá direito:

- A estabilidade provisória de 12 (doze) meses, contados a partir da volta ao trabalho, descrita no artigo 118 da Lei 8.213/1991;
- Ao FGTS depositado mensalmente pelo empregador, de acordo com o art. 15, §5º da Lei 8.036/1990;
- E conforme descrito no art. 86 da Lei 8.213 de 1991, quando cessar o tratamento da doença, o assegurado poderá usufruir do auxílio acidente, como uma contraprestação indenizatória, desde que resultem em “sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia”.

O INSS, ao reconhecer a depressão do trabalhador como doença ocupacional acidentária, estará, de acordo Marcos Luiz Zoia e Joseval Martins Viana “cumprindo nosso ordenamento jurídico e propiciando a justa justiça ao trabalhador, oferecendo uma proteção adequada para que esse trabalhador possa recuperar adequadamente sua capacidade laborativa”.

Resta demonstrado que o trabalhador, com depressão, resultante das condições de trabalho, faz jus ao benefício do auxílio doença.

4 OBRIGAÇÕES DO EMPREGADOR

O retorno do empregado ao ambiente de trabalho após alta dada pelo INSS trás obrigações a ser seguidas pelo empregador, a começar pela estabilidade conforme o artigo 118 da lei nº 8.213/91:

Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

O empregador tem como obrigação legal conceder estabilidade ao trabalhador, pelo período de 12 (doze) meses após cessado o auxílio doença. De acordo com Carla Teresa Martins Roma essa garantia visa beneficiar o trabalhador para que retorne com segurança em uma fase onde poderá apresentar certa fragilidade, com redução do ritmo normal de trabalho.

Essa estabilidade está presente mesmo quando existe acordo entres as partes, quando o contrato de trabalho tem prazo determinados ou ainda quando se trata de contrato de experiência, conforme definido pela OJ SDC 32 TST e Súmula 378, TST III;

OJ SDC 31, TST: “Não é possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes”.

Súmula 378, TST: “III — O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91”.

Com o retorno do trabalhador o contrato de trabalho volta a ter vigência, ou seja, cessa a suspensão, sendo assim volta a ser obrigação do empregador o pagamento do salário e das demais verbas trabalhistas.

O empregador ainda é responsável pelo pagamento do FGTS, mesmo após o afastamento do empregado e a concessão do auxílio doença, ou seja, é obrigação do empregador arcar com essa verba trabalhista por todo o período de afastamento. Conforme determinação legal Lei nº 8036/90 artigo 15, §5º.

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

[...]

§ 5º O depósito de que trata o **caput** deste artigo é obrigatório nos casos de afastamento para prestação do serviço militar obrigatório e licença por acidente do trabalho.

Conforme citação acima fica claro a obrigação do empregador em continuar os pagamentos do FGTS, dando ao trabalhador um pouco mais de segurança quanto ao vínculo empregatício e a verba concedida na rescisão do contrato de trabalho.

5 CONCLUSÃO

O estudo demonstrou que, havendo comprovação de nexo de causalidade entre a função exercida e o desenvolvimento da doença, esta poderá ser equiparada a um acidente de trabalho.

Portanto, os trabalhadores de telemarketing devido as más condições de trabalho abordadas conseguirão o afastamento do trabalho, na modalidade auxílio-doença acidentário.

Restou-se demonstrado também que, após perícia médica e constatado em laudo pericial que o surgimento ou desencadeamento da depressão no profissional de telemarketing decorreu de suas atividades laborais e, assim, a mencionada doença ocupacional será equiparada a um acidente de trabalho.

Desse modo, a partir do diagnóstico da depressão, o profissional é afastado do ambiente de trabalho para se recuperar. Com o seu afastamento surgem direitos assegurados aos trabalhadores, tais como: auxílio-doença acidentário, em que o trabalhador receberá o benefício durante o período em que estiver incapacitado para o trabalho, sendo este pagamento feito pelo INSS. Ao empregador fica a obrigação de recolher o FGTS normalmente no decurso do afastamento e, em caso de retorno ao ambiente de trabalho, é garantido a estabilidade provisória de empregado ao trabalhador, pelo prazo de doze meses, devido a prováveis dificuldades de se readaptar ao ritmo de trabalho.

REFERÊNCIAS

Teixeira, Sueli. **A depressão no meio ambiente do trabalho e sua caracterização como doença do trabalho**. Ver. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, V.46, n. 76, p. 28-29, jul./dez.2007.

AMBROSIO, Graziella. **O nexo causal entre depressão e trabalho**. Revista LTr.77-02/193. Vol. 77,n. 02, fevereiro de 2013, p. 193.

FILHO, José Marçal Jackson; Assunção, Ada Ávila. Trabalho em tele atendimento e problemas de saúde. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**. São Paulo, 2006, vol.31 no.114 jul./dez. 2006. Disponível em:

<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572006000200001&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

GLINA, Débora Miriam Raab; ROCHA, Lys Esther. Fatores de Estresse no

Trabalho de Operadores de Centrais de Atendimento Telefônico de um Banco em São Paulo. **Revista Brasileira de medicina do trabalho**. Vol. 1, nº 1. P.31-39 julho/Setembro de 2003. Disponível em; <<http://www.rbmt.org.br/details/279/pt-BR/fatores-de-estresse-no-trabalho-de-operadores-de-centrais-de-atendimento-telefonico-de-um-banco-em-sao-paulo>>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

_____. **Lei nº 8213/91**, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> . Acesso em: 28 de março de 2021.

_____. **Decreto - Lei nº 5452/43**, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> . Acesso em: 29 de outubro de 2020.

_____. **Lei nº 8036/90**, de 11 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm> . Acesso em: 28 de março de 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de março de 2021.

LUCCA, Sérgio Roberto de; ZANATTA, Aline Bedin; RODRIGUES, Marcelo Scarpari; COIMBRA, Igor Benedick; QUEIROZ, Felipe Seixas; CORREA, Beatriz. Fatores de estresse relacionado ao trabalho: as vozes dos atendentes de telemarketing. **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho**. São Paulo, 2014, vol. 17, n. 2, p.290-304 – DOI: 10.11606/issn.1981-.0490.v17n2p290-304, 05 de maio de 2015. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-37172014000300011>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

MASSIERI, Almir Alves. et al. **Psicologia no trabalho e nas organizações: reflexões sobre práticas contemporâneas**. Belo Horizonte: Conselho Regional de Psicologia de Minas Gerais, 11 de nov. 2019. NORAT, Rafael Câmara. O assédio moral e a precarização do trabalho:

Repercussões sobre a saúde do trabalhador de telemarketing. **Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes (CCHLA) - Programa de Pós-Graduação em Serviço Social**. Paraíba, 25 de abril de 2018. Disponível em;

<<https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/12235>>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

ROCHA, Jucélia Correia; Araújo, Giovana Fernandes. Percepção do estresse em operadoras de telemarketing. **Revista multidisciplinar e de Psicologia**.

Online, 2016 V.10, N. 32. - ISSN 1981-1179, novembro de 2016. Disponível em: <<https://idonline.emnuvens.com.br/id>>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

SOUZA, Lilian Castro de. **Direito Previdenciário**. 3 Eds. São Paulo julho de 2007: Atlas S.A. 2007.

VENCO, Selma. Centrais de atendimento: a fábrica do século XIX nos serviços do século XXI. **Revista brasileira saúde ocupacional**. Online, 2006, vol.31, n.114, pp.07-18. ISSN 0303-7657. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0303-76572006000200002>>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

VILELA, Lailah Vasconcelos de Oliveira; ASSUNÇÃO, Ada Ávila. Trabalho emocional: o caso dos teleatendentes de uma central de atendimento.

Cadernos de psicologia Social do Trabalho. São Paulo, 2007, vol. 10, n. 2, pp. 81-93, 26 de nov. 2007. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/cpst/v10n2/v10n2a07.pdf>>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

VILELA, Lailah Vasconcelos de Oliveira e ASSUNÇÃO, Ada Ávila. Os mecanismos de controle da atividade no setor de teleatendimento e as queixas de cansaço e esgotamento dos trabalhadores. **Caderno Saúde Pública. Rio de Janeiro**, 2004, vol.20, n.4, pp.1069-1078. ISSN 1678-4464, 26 de abr. 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2004000400022>>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

_____. **Organização Pan-America da Saúde**. Ano 2016- 2017. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5372:depressao-o-que-voce-precisasaber&Itemid=822#:~:text=A%20depress%C3%A3o%20%C3%A9%20um%20transtorno,durante%20pelo%20menos%20duas%20semanas>. Acesso em 23 de novembro de 2020.

_____. **Brazil Psychiatry & Neurology Resource Center**. Disponível em: <<https://brazil.progress.im/pt-br/node/1091#:~:text=Os%20sintomas%20depressivos%20interferem%20diretamente,de%20produtividade%20secund%C3%A1ria%20%C3%A0%20depress%C3%A3o>>. Acesso em: 30 de novembro de 2020.

GLASENAPP, Ricardo Berns . **Direito Trabalhista e Previdenciário** – São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015.

Romar, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho** / Carla Teresa Martins Romar ; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed.– São Paulo : Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado).

ZÓIA, Marcos Luis e VIANA, Joseval Martins. A depressão reconhecida como doença ocupacional. Revista Âmbito Jurídico, 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-depressao-reconhecida-como-doenca-ocupacional/#_ftn5>. Acesso em 28 de março de 2021.

A TORMENTOSA QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS: A INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA TARIFÁRIO NA ANTIGA LEI DE IMPRENSA E A NORMA TRABALHISTA DE 2017.

JOYCI AGOSTINI DA SILVA:

Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP.

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA.

(orientador)

RESUMO: O dano moral é um direito em que a vítima pode exigir uma indenização para reparação de um dano não patrimonial, para fixação do *quantum* são existentes dois sistemas predominantes (o sistema tarifário e o sistema aberto). O artigo versa sobre a Reforma da Consolidação das Leis do Trabalho pertinente a inviabilidade do dano moral tarifário, utilizando o preceito da antiga Lei de Imprensa nº 5.250/67 e sua incongruência com a Constituição Federal. Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal em alegar a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, induz-se que a mesma decisão deveria ser tomada em relação ao dano moral tarifário da Consolidação das Leis do Trabalho, garantindo um sistema democrático perante a análise dos casos em concreto para que o princípio da reparação integral não seja violado, pois, o sistema de tarifação da Reforma Trabalhista é um retrocesso à busca de uma reparação justa para a vítima que recorre ao Poder Judiciário a uma indenização perante o dano sofrido.

Palavras-chave: Dano moral Tarifário. Lei de Imprensa. Reforma da Consolidação das Leis do Trabalho.

ABSTRACT: Moral damage is a right in which the victim may demand compensation for the repair of non-patrimonial damage, for fixing the quantum there are two predominant systems (the tariff system and the open system). The article deals with the Reform of the Consolidation of the Labor Laws pertinent to the non-viability of moral tariff damage, using the precept of the old Press Law nº 5.250 / 67 and its incongruity with the Federal Constitution. In view of the decision of the Supreme Federal Court to claim the unconstitutionality of the Press Law, it is suggested that the same decision should be taken in relation to the moral damage tariff of the Consolidation of Labor Laws, guaranteeing a democratic system before the analysis of the specific cases so that the principle of full reparation is not violated, therefore, the Labor Reform tariff system is a step backwards in the search for a fair reparation for the victim who appeals to the Judiciary for compensation for the damage suffered.

Keywords: Tariff moral damage. Press Law. Reform of the Consolidation of Labor Laws.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DANOS MORAIS; 2.1 Da quantificação; 3 O DANO MORAL NA IMPRENSA; 3.1 *Quantum* do dano em abusos da Imprensa; 3.1.1 Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a revogação da Lei de Imprensa; 4 DANOS MORAIS NA ÁREA TRABALHISTA; 4.1 Sistema tarifário na esfera trabalhista e sua inconformidade perante a Constituição Federal; 5 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO NA CLT E A LEI DE IMPRENSA; 6 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Toda pessoa humana é dotada de virtudes que os dignificam, como o bom nome, honra, personalidade, sentimentos sendo garantidos direitos perante eles. Se violados é possível receber uma reparação, discutindo-se o valor da quantificação do dano moral.

Os danos morais vem ganhando destaque com o passar dos anos, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 angariou um posicionamento mais democrático, assegurando ao cidadão o direito de reparação por danos morais quando seu direito de personalidade for atingido.

Perante a dificuldade de atribuir o *quantum* indenizatório foram criados sistemas para uma possível "facilitação" de outorgar sua valoração, diante da criação do sistema tarifário, a antiga Lei de Imprensa e a Nova Consolidação das Leis de Trabalho adotou o sistema, mas, estudiosos encontraram divergências com o novo ordenamento jurídico em vigor.

A busca por um país democrático trouxe a revogação da Lei de Imprensa, onde a liberdade de expressão era limitado e a reparação de seus danos eram tarifados, sua incompatibilidade com a nova Constituição Federal trouxe a revogação hierárquica mostrando que a liberdade de imprensa é de extrema importância para uma democracia perfeita, pois, informa a sociedade de todos os acontecimentos para um Estado transparente, sendo assim, deve ser livre para exercer seu trabalho.

Com a Reforma Trabalhista a aferição das indenizações por danos morais foram modificadas, o presente artigo vem analisar o método adotado de tarifação, e sua elaboração ao prejudicar direitos e garantias conquistados pelos cidadãos e assegurados na Constituição Federal, afetando assim ao trabalhador que recorrer ao Poder Judiciário.

Apresentou-se dispêndios que o sistema tarifário acarretou para auferir aos danos morais a sua quantificação indenizatória, posto que se o artigo em que traz o tabelamento não for bem elaborado, ocorrerá desigualdades em decisões de ações similares.

Este presente artigo impõe que a fixação da valoração do *quantum* indenizatório deve ser medido pela extensão do dano causado e as condições subjetivas da vítima, assim, competindo ao julgador atribuir, usando o critério de arbitramento, aproximando-se do razoável e justo de cada caso em concreto.

Será possível vislumbrar que para ter um Estado Democrático o princípio da igualdade deverá permanecer, onde a elaboração de normas e sistemas ingressados não devem afetar os direitos subjetivos dos cidadãos e o bem social de toda a população.

2 DANOS MORAIS

O dano moral mesmo que tenha sido incluído nos parágrafos V e X do artigo 5º da Constituição Federal (1988), em termos de doutrina e jurisprudência, isso ainda é um problema muito controverso, principalmente em relação ao *quantum* e ao reconhecimento do que realmente aconteceu.

O dano moral atinge o indivíduo como pessoa e não o seu patrimônio, incidindo em bens não-materiais, lesando sua honra, dignidade, intimidade, imagem, bom nome, etc., acarretando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação ao lesado. Mas não é propriamente isso, pois essas são as consequências do dano e cada um as sente do seu jeito.

Deve ser consolidado apenas quando existem as consequências morais e não há dano patrimonial, caso contrário são consideradas apenas irritações normais dos nossos dias. Portanto o STF decidiu que incômodos que não gerarem repercussão no mundo exterior não são plausíveis de dano moral.

O *dano moral direto* consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou goz de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). O *dano moral indireto* consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial. É a hipótese, por exemplo, da perda de um objeto de valor afetivo. (ZANNONI, p. 239-240 *apud* GONÇALVES, 2014, p. 388).

O direito à indenização não repara a dor, aflição ou o padecimento, mas indeniza as vítimas ou parentes da mesma. O dano moral não precisa de provas, pois se passa no interior das pessoas, portanto é de presunção absoluta.

De acordo com a Constituição Federal artigo 5º inciso V “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e inciso X “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função: a) *penal*, ou *punitiva*, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) *satisfatória* ou *compensatória*, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.” (DINIZ, p. 308 *apud* GONÇALVES, 2014, p. 405).

Sua descrição não é referente ao valor monetário, sendo assim, não limita-se a uma indenização, mas sim, em uma compensação ao prejuízo sofrido com uma coisa diversa.

2.1 Da quantificação

A fixação do *quantum* traz dois sistemas predominantes, o primeiro refere-se ao sistema tarifário, onde o valor da indenização está prefixados, o juiz no caso concreto apenas analisa o fato ao valor estabelecido na tabela. Leciona Andreia, menciona que:

Os argumentos favoráveis à utilização deste modelo defendem a tarifação sob a lógica de que a prefixação dos valores das indenizações diminuiria as inseguranças e subjetivismos de uma quantificação baseada em critérios demasiadamente genéricos como a equidade, que podem levar a resultados diversos para casos semelhantes a depender do juízo de valor, e também reduziria o grande poder conferido aos juízes (2017, p. 29).

O princípio da discricionariedade não é utilizada neste sistema, pois o julgador não tem o livre arbítrio de fixar o *quantum* seguindo os casos em específicos.

O segundo sistema é o mais utilizado nos tribunais pátrios, chamando-se sistema aberto ou ilimitado, ganhando reputação nos seguintes Projetos Leis nº 1443/2003 e 1914/2003, cujo texto é proposto a arbitragem do dano moral seguindo certos parâmetros, como: a imagem dos feridos e lesão, a intenção da pessoa que causou o dano e quem compensará, o juiz possui da livre condenação, estabelecendo uma compensação por arbitragem. Não possui a existência de valores indenizatórios predefinidos, o julgador tem maior discricionariedade para fixação do valor, medida pela extensão do dano causado a vítima.

Artigo 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;...X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 2017).

A Constituição Federal em seus artigos e incisos, adotaram o princípio da reparação integral, o sistema aberto, onde os limites de reparabilidade não são fixados, facultando ao julgador o poder de discricionariedade, a incumbência de fixar, com critérios subjetivos. Gerando grandes responsabilidades para o magistrado, tendo que ser minucioso perante os casos em concreto, mas tendo sempre o princípio da proporcionalidade e razoabilidade norteando-os.

3 O DANO MORAL NA IMPRENSA

A liberdade de imprensa refere-se a um direito fundamental, acompanhada pelo direito à informação, de ordem ética profissional, sendo um direito coletivo de proteção à toda sociedade, onde os comunicadores serão responsáveis em trazer informação, em detalhar, noticiar acontecimentos, necessitando ter o compromisso da veracidade mesmo sendo de ordem subjetiva, sem alterá-las ou esvaziá-las da verdade, repudiando a mentira e a censura. Essa liberdade está ligada ao direito de todo indivíduo a obter informações corretas e imparciais.

Os meios de comunicação de massa buscam uma ordem democrática e social justa, podendo ser considerados "fiscais" da democracia, concedendo ao público o conhecimento dos eventuais abusos e ganhos do país e do mundo, afastando diversos abusos por autoridades públicas, sendo assim, uns dos direitos fundamentais principais para a sociedade.

Com a atualidade o direito de imprensa alveja qualquer meio de comunicação, sendo os mais comuns jornais, rádios, televisão, esse direito deve ser exercido com muita responsabilidade, pois, pode acarretar danos ao prejudicado.

A comunicação social consiste no direito de todo o cidadão ter a liberdade de expressão por meios dos órgãos de comunicação em massa, onde pensamentos, ideias, notícias, opiniões tenham transparência pública. Conforme Rodrigo César Rebello Pinho:

A liberdade de informação jornalística compreende o direito de informar e, bem como o do cidadão de ser devidamente informado. Qualquer legislação infraconstitucional que constitua embaraço à atividade jornalística, por expressa disposição da nossa Carta Magna, deve ser declarada inconstitucional, conforme o art 220, §1º. Tal liberdade, deve ser exercida de forma compatível com a tutela constitucional da intimidade e da honra das pessoas, evitando situações de abuso ao direito de informação previsto na Constituição (PINHO, 2007, p. 90).

O profissional deverá ter responsabilidade com as informações declaradas à sociedade, se violarem a intimidade de terceiros, a pessoa poderá recorrer ao poder judiciário para pleitear uma indenização pela violação ao direito de privacidade e intimidade.

Ao publicar um artigo para analisar a adequação dos danos morais, ele litiga dois direitos fundamentais declarados no artigo 5º da Constituição Federal: os direitos da personalidade, e à livre expressão de ideias e conceitos.

Para resolver esse conflito, doutrina e jurisprudência devem seguir três entendimentos principais: em qualquer caso, o direito à personalidade deve prevalecer (intimidade, vida privada, reputação, dignidade da personalidade); preferência por notícias e liberdade de informação; em face do conflito, as regras devem ser reconciliadas, e o caso específico não pode ser ignorado, para que cada direito básico possa sobreviver.

Como normas aparentemente conflitantes envolvem direitos fundamentais, a Constituição Federal estabelece que não há hierarquia ou sistema subordinado, visto que, em um país democrático não há direito absoluto, cada direito corresponde à obrigação de torná-lo relativo. Em relação ao exercício do direito de expressar pensamentos, ideias e liberdade de imprensa, as obrigações correspondentes incluem a obrigação de fornecer boas informações sem comprometer a reputação ou a dignidade, ou seja, transmitir notícias verdadeiras e precisas.

Diante do conflito entre o direito à personalidade e o direito de expressar e ideias livremente (incluindo a liberdade de imprensa), os intérpretes devem coordenar os conflitos entre as pessoas de acordo com outras regras contidas na Constituição, de acordo com cada caso em concreto.

Se estiver além do escopo de proteger à dignidade da pessoa, seja devido à conclusão de um crime que comprometa à honra ou à interferência na privacidade ou intimidade causada por performances na imprensa, os direitos pessoais relacionados à honra ou à intimidade prevalecerão. E o direito à privacidade, fornecendo às vítimas ações legais para suprimir aqueles que abusam da liberdade de expressão. No entanto, se for constatado que não há abuso no exercício do direito à liberdade de pensamento, e se as notícias são verdadeiras, mesmo as que entram no reino da vida, não violará a dignidade humana.

Em casos de fatos criminosos a imprensa tem maior proteção, pelo interesse público que o Estado tem ao fato, o STJ no REsp 42.844-0/SP: "Não responde civilmente o órgão de divulgação que, sem ofender a vida privada dos figurantes de fatos, notícia crimes, apurados em inquérito policial". Durante ou após a investigação, o conflito entre a proteção da honra do réu e a divulgação de fatos criminais é uma questão recorrente de doutrina e precedente, a divulgação dessas notícias prevalece por ser de interesse coletivo.

Portanto, nos casos de notícia relacionada a um fato criminoso, ainda que com violação à honra, à imagem ou à vida privada de outrem, dificilmente se verificará ato ilícito por parte da imprensa, este será configurado apenas no caso de prova do abuso.

Uma vez que o abuso é comprovado sob certas circunstâncias, o portador da informação pode ser responsabilizado, mas, dada a natureza inerente à liberdade de informação, o escopo dos danos pode ser reduzido porque são ferramentas para a realização do direito à liberdade de expressão. Se não fosse esse o caso, essa liberdade seria reduzida pelo medo de severas sanções hereditárias.

3.1 *Quantum* do dano em abusos da Imprensa

Segundo a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 a indenização por dano moral se calcula:

A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do

agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. (BRASIL, STF, ADPF 130, 2009).

Anteriormente da ADPF nº130, a Lei de Imprensa nº 5.250/67 trazia um sistema fechado de fixar o dano moral onde encontrava-se os limites dos valores das indenizações, no seu texto estava previsto:

Art . 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV).

II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém;

III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

Este artigo mostrava a reparação em uma indenização tarifada em razão de culpa em sentido estrito, impondo limites de valores da responsabilidade por negligência, imprudência e imperícia para afastar a discricionariedade judicial, evitando o descontrole da atividade judicial na fixação do *quantum*. Nos casos de responsabilidade civil de emissoras e empresas jornalísticas está limitada a 10 vezes dos valores mencionados no artigo 51.

Em decorrência as condutas dolosas não há indenização tarifada, sendo assim, a fixação da indenização seria estipulada pelo juiz, tendo-se analisar à intensidade do sofrimento, do dolo, gravidade, repercussão, natureza, posição política e social, situação econômica, reincidência, retratação espontânea e cabal, inexistindo limites prefixados.

Perante a Lei de Imprensa não ser recepcionada pela Constituição Federal revogou-se, não permitindo a admissão da responsabilidade tarifada, trazendo um sistema aberto para a sua fixação.

O magistrado deverá fixar o valor indenizatório seguindo os requisitos mencionados acima, feito com moderação, bom senso o arbitramento, adotando o princípio da proporcionalidade adequada, em que o arbitramento analisará os requisitos básicos que são: a efetiva punição do ofensor; a adequada recompensa à vítima; e o efeito social.

Em desacordo, algumas pessoas defendem a adoção do sistema tarifário como forma de obter maior proteção no julgamento de danos morais. No entanto, há quem discorde, apontando alguns problemas com o uso da fixação tarifária: pode haver alguns danos cujo valor deve ser maior que o teto, e o argumento de que a lesão é "classificada" como leve, moderada ou grave, há um raciocínio judicial insuficiente para justificar esse nível de adoção.

3.1.1 Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a revogação da Lei de Imprensa

Através da nova Constituição Federal de 1988 o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130 perante a Lei nº 5.250/67 pelo contexto autoritário do período, que foi requerida em 19/02/2008 pelo Partido Democrático Trabalhista. A ADPF esta prevista no artigo 103, CF, e diz respeito segundo Luís Roberto Barroso:

[...]Daí a razão de a ADPF preencher um vazio relativamente à sindicabilidade dos atos normativos anteriores à Constituição, como explicitado na parte final do art. 1º, parágrafo único, II, mas válido para a arguição autônoma ou incidental. Sendo descabida a ação direta de inconstitucionalidade, abre-se espaço, através da arguição, para o controle abstrato e concentrado, em processo objetivo, da validade da norma precedente. (BARROSO, 2011, p. 328)

Possibilitando assim a complementação do sistema de controle de constitucionalidade, analisando se a congruência entre as leis. A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130 traz que a Lei de Imprensa fere a Constituição Federal, violando os direitos fundamentais como à liberdade de informação, comunicação, sendo questionados o seu caráter (absoluta ou relativa) em relação aos demais direitos, se ocorre a possibilidade de regulamentação da liberdade na legislação e o direito de resposta.

Após a averiguação da Lei o Supremo Tribunal de Federal sentenciou a Lei de Imprensa nº 5.250/67 incompatível com o novo ordenamento jurídico, em razão de que, a liberdade de comunicação por fazer parte da atividade de imprensa não são suscetível a

restrição, onde o exercício da imprensa ocasiona o pluralismo político social, político e cultural.

Deste modo, a liberdade de imprensa deve ser plena e total, garantindo sua função de propalação de ideias, notícias, informações para a nação, estando assegurados pelos artigos 05 e 220 da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal no dia 30 de Abril de 2009 decidiu por sete votos (os ministros Carlos Britto, Cármen Lúcia, Cezar Peluso, Celso de Mello, Eros Grau, Menezes Direito e Ricardo Lewandowski) à quatro a inconstitucionalidade da Lei nº 5.250/67 perante o novo ordenamento jurídico, assim, consentindo com o autor da arguição de descumprimento de preceito fundamental o deputado federal Miro Teixeira, sustentando que a liberdade de expressão não deve ser regulamentada.

A controvérsia da desconformidade entre a norma pré-constitucional e a nova Constituição Federal seria referente ao direito intertemporal e não sobre a sua inconstitucionalidade que foi discutida em 1997 pelo Ministro Relator Paulo Brossard, onde ficou entendido que nesses casos ocorrem a revogação hierárquica e não inconstitucionalidade, pois, uma nova norma constitucional desenvolvida não produz a inconstitucionalidade superveniente e uma norma infraconstitucional já existente e incompatível com a nova.

O Relator do caso, ministro Carlos Britto declarou que a liberdade de comunicação está alencada na Constituição Federal como direitos fundamentais não possibilitando a sua restrição, estabelecida como opinião pública por atingir diversas pessoas com o pluralismo na difusão de notícias, opiniões, sendo um mecanismo de domínio do Estado como da sociedade, deste modo, o exercício de imprensa terá que ser pleno, livre, onde as restrições estão previstas somente no ordenamento jurídico.

Disposto no artigo 220, Constituição Federal, "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição " e no artigo 5, contendo os preceitos sobre a vedação do anonimato, direito de resposta, direito a uma indenização por danos morais e/ou materiais à intimidade, vida privada, honra, imagem, livre exercício de qualquer trabalho, direito a resguardar sigilo de fontes de informação. Por ter tamanha importância para o Estado Democrático a liberdade de imprensa não é capaz de sofrer censura prévia e nem inibir o seu exercício.

4 DANOS MORAIS NA ÁREA TRABALHISTA

O direito do trabalho tem natureza social porque excelência, visando reduzir a injustiça em funcionários que são violadas pelo empregadores ou por empregados com cargos superiores, buscando o respeito mútuo em uma relação de trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho constatou que o dano moral é um ato a natureza psicológica do abuso e do ataque à dignidade a saúde mental dos trabalhadores, sendo uma prática censurada. Por ocorrer uma subordinação do empregado ao empregador acaba agravando o dano em virtude dessa relação, se diferenciando do dano moral civil.

Em uma relação de trabalho ocorrerá dano moral quando acontecer uma ofensa que intervenha no comportamento psicológico. Um dos danos morais mais óbvios no trabalho hoje é o assédio moral, caracterizado por tortura psicológica, que visa combater a autoestima dos funcionários e visa forçar os funcionários ou acelerar a saúde física e mental das vítimas, para serem demitidos, tendo este o direito a indenização por dano moral.

Para sua constituição são existentes diversos comportamentos, como: habilidades de ataque, esses comportamentos desqualificarão a vítima perante os outros; isolamento, atribuir a tarefa de evitar o contato com outros colegas da vítima; habilidades de relacionamento, o assédio impede a vítima de se expressar, ela não olha diretamente nos olhos ou fala.

O acidente de trabalho pode-se acarretar dano moral partindo do conceito em que a saúde está conectado à sua integridade mental e física, sendo aceitável o dano, especialmente em que o período de recuperação é prolongado e as lesões no trabalho causarem sequelas permanentes.

Com relação ao dano moral coletivo, a reparabilidade não é exclusiva dos indivíduos, mas o dano pode ocorrer de maneira abrangente para alcançar interesses coletivos e difusos, destacando-se os tratamentos discriminatórios, como revista íntima nos empregados. Sua reparação será entregue ao Fundo de Assistência ao Trabalhador do FAT (Lei Federal nº 7.998 / nº 90) para fins de pagamento de seguro-desemprego, subsídios salariais e outros procedimentos, no entanto, se a lesão for individual homogênea o valor indenizatório será voltada a cada vítima.

4.1 Sistema tarifário na esfera trabalhista e sua inconformidade perante a Constituição Federal

A Reforma Trabalhista - Lei nº 13.467/2017 trouxe no artigo 223-G da CLT a inclusão da tarifação das indenizações dos danos morais sofridos.

Art. 223-G. (...)

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização. (BRASIL, 2017).

O tabelamento do valor indenizatório estabelecido pela CLT despertou uma incoerência diante da Constituição Federal de 1988, sendo alvo de discussões. O legislador relatou distintos critérios a serem seguidos, e classificou-as fixando limites a indenização, estabelecendo uma dosimetria da indenização.

A primeira inconsistência está relacionada a utilização do salário contratual da vítima para ser referência à fixação da indenização. De acordo com Andreia Freitas:

[...] os direitos fundamentais possuem pretensão de universalidade, e, como tais, devem ser tutelados para todos os seres humanos pelo simples fato de serem seres humanos, sendo irrelevante, para fins de valoração da indenização por dano extrapatrimonial, a situação socioeconômica do ofendido. (FREITAS, 2017, p. 55 apud FILHO, 2017)

O método de fixação seguindo o salário contratual é indevida, uma vez que, causam desigualdades as vítimas que procuram o Poder Judiciário para a reparação do

dano causado, ferindo o princípio da igualdade, tendo em vista que, os casos similares podem ter variações na quantificação perante as diferenças salariais.

O artigo delinea a natureza da ofensa em leve, média, grave e gravíssima sem estabelecer uma descrição da gravidade da ofensa, dificultando a análise do julgador por não ter uma definição fixada perante cada gravidade.

A título exemplificativo, se dois funcionários de uma mesma empresa, sofrerem a mesma ofensa no mesmo ato pelo mesmo ofensor, mas, um funcionário é o gerente com salário de R\$ 6.000,00, e o outro é um auxiliar administrativo com salário de R\$ 1.300,00. Ambos pleitearam indenizações por danos morais, nas sentenças proferidas foram anuídos danos de natureza média (5 salários do ofendido), assim, o gerente recebeu R\$ 30.000,00 e o auxiliar administrativo R\$ 6.500,00. Mostrando uma desigualdade desproporcional perante o mesmo dano sofrido, por motivo de diferenciação salarial, dando a entender que a ofensa não é medida pelo sofrimento da vítima, mas sim, pela situação econômica.

Após a introdução da Lei 13.467/2017 a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade, pedindo uma medida cautelar ante ao artigo 223-G da CLT referente a suspensão do sistema tarifário, com arrimo no o artigo 102 da Constituição Federal, estando o processo em tramitação.

5 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO NA CLT E A LEI DE IMPRENSA

No dia 14 de Março de 1967 entrou em vigor a nova Lei de Imprensa nº 5.250, elaborada e posta em prática no decurso da Ditadura Militar, assinada pelo ex-presidente Castelo Branco, alguns meses após a outorga da Constituição de 1967. Tendo por finalidade a liberdade de pensamentos, informações, fiscalização e responsabilizar a atividade em que ocorrer abuso pelos profissionais do campo de atuação.

Defronte a promulgação da Constituição Federal de 1988 os direitos da personalidade ficaram protegidos, estabelecendo a reparação integral desses direitos seguindo o princípio da proporcionalidade ao agravo, a Lei de Imprensa nº 5.250/67 se tornou incompatível com a novo ordenamento, tendo uns dos fatores a limitação do sistema tarifário de indenização, porém, anteriormente a ADPF nº130/2009 o Superior Tribunal de Justiça emitiu a súmula nº 281 onde quantum referente a indenização por dano moral não está compelida à tarifação.

Por se tratar em texto constitucional, o artigo 5º, incisos V e X, traz a garantia em ter uma indenização proporcional ao agravo provocado, sendo assim, a nova CLT mostra

ser incompatível com a Constituição e conforme a Lei de Imprensa foi revogada o sistema de tarifação a Lei 13.467/2017 também deveria ser analisada para um sistema democrático.

Independente da área do direito trabalhado, o valor indenizatório deve ser fixado de acordo com cada caso em concreto, diante de suas peculiaridades, pois, o sistema de tarifação inibe o princípio da reparação integral.

6 CONCLUSÃO

O presente artigo analisou importância do dano moral e seus possíveis sistemas de quantificação e diferenciações, pode-se concluir que o sistema de tarifação sobre danos morais segundo a Reforma Trabalhista e a Imprensa são um retrocesso à busca de uma reparação justa para a vítima que recorre ao Poder Judiciário a uma indenização perante o dano sofrido, divergindo com o texto da Constituição Federal que adere o Constitucionalismo Humanitário.

Nota-se que o sistema tarifário adotado perante a Reforma Trabalhista não são favoráveis as vítimas, prejudicando direitos garantidos e conquistados durante toda a história, violando direitos fundamentais como o princípio da igualdade, isonomia, dignidade da pessoa humana. Perante a pesquisa, a Ação Direta de Inconstitucionalidade pleiteado pela ANAMATRA faz jus a procedência da ação pela relevância do assunto.

À face do exposto, o sistema aberto utilizado pela Constituição, operado pelo Judiciário perante a revogação da Lei de Imprensa para julgar crimes cometidos pela Imprensa é a melhor via por proporcionar maior possibilidades para reparação dos danos de acordo com o ordenamento constitucional vigente, buscando a proporcionalidade diante dos acontecimentos de cada caso.

Consequentemente, ao fazer uma comparação entre a antiga Lei de Imprensa e a nova CLT em seu artigo 223-G, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal revogar a Lei 5.250/67 que trazia o tabelamento de danos e que violavam direitos da personalidade, e Poder Judiciário tende-se a ter o mesmo raciocínio perante ao artigo 223-G da Consolidação das Leis Trabalhistas.

7 REFERÊNCIAS

ANGELO, T. **MP que suspende acesso informação fere conquista democrática.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/mp-suspende-acesso-informacao-fere-conquista-democratica>>. Acesso em 30 jul. 2020.

Brasil. MP nº 928/2020, que trata de pedidos feitos à administração pública baseados na Lei de Acesso à Informação. Brasília Senado Federal, 24/03/2020. Disponível em <

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/24/medida-provisoria-suspende-prazos-de-respostas-via-lei-de-acesso-a-informacao>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130**. Relator: Ministro Carlos Britto. Data de Julgamento 30/04/2009.

Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL, **Código Penal in: Vade Mecum Saraiva**. 23ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro

: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATISTA, R. V. Dano Moral Decorrente do Contrato de Trabalho. Direito Trabalhista. Direito Net. Disponível em: <[https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8579/Dano-moral-decorrente-do-contrato-de-trabalho#:~:text=O%20dano%20moral%20decorrente%20do,f%C3%ADsica\)%2C%20%C3%A0%20sua%20imagem.](https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8579/Dano-moral-decorrente-do-contrato-de-trabalho#:~:text=O%20dano%20moral%20decorrente%20do,f%C3%ADsica)%2C%20%C3%A0%20sua%20imagem.)>. Acesso em: 06 jun. 2020.

CASTRO, C.R.S. 2010. A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 813)

CALDAS, E. Reforma trabalhista indenização por dano moral sera limitada e baseada no salario da vítima. Disponível em:

<<https://epocanegocios.globo.com/Carreira/noticia/2017/07/reforma-trabalhista-indenizacao-por-dano-moral-sera-limitada-e-baseada-no-salario-da-vitima.html>>.

Acesso em: 06 ago. 2020.

COSTA, M. F. Dano Moral na Justiça do Trabalho. Breves comentarios á luz da lei federal nº 13.467/2017. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/80117/dano-moral-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

CRUZ, H. C. Afinal, como fica a indenização por danos morais após as mudanças trabalhistas?. Disponível em: <<https://chcadvocacia.adv.br/blog/indenizacao-apos-mudancas-trabalhistas/>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

DINIZ, Maria Helena, p.308 apud GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 405.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

FREITAS, Andreia Pereira. A tarifação do dano extrapatrimonial no âmbito do Direito do Trabalho: Uma análise sob a perspectiva da inconstitucionalidade. 2017. 77p. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, Roraima, 2017

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. Questões abertas sobre os danos morais por fatos da imprensa. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3479, 9 jan. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23415>. Acesso em: 14 set. 2020.

FONTENEL, J. H.; BEZERRA JUNIOR, J. A. ANALÍSE E REPERCUSSÕES DA REVOGAÇÃO DA LEI DE IMPRENSA PELO JULGAMENTO DA ADPF Nº 130: Os efeitos da ressignificações do direito de resposta no ordenamento jurídico de resposta no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/8006>>. Acesso em: 03 ago. 2020.

Guia Trabalhista. Dano Moral nas Relações de Emprego. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/danomoralnoemprego.htm>>. Acesso em 16 jun. 2020.

GIGLIO, Wagner D. Direito processual do trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, C.R. Direito civil brasileiro: Responsabilidade civil. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. Dano moral decorrente do contrato de trabalho. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MACHADO, L. C. O dano moral na relação de trabalho uma abordagem jurisprudencial. Revista Ambito jurídico nº 87. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-87/o-dano-moral-na-relacao-de-trabalho-uma-abordagem-jurisprudencial/>>. Acesso em 07 jul. 2020.

MENDONÇA, Maira. Entidades criticam decreto que mudou lei de acesso a informação . Disponível em < <https://www.agazeta.com.br/es/politica/entidades-criticam-decreto-que-mudou-lei-de-acesso-a-informacao-0119> >. Acesso em 08/08/2020

NERES. S. E. A. Responsabilidade da imprensa no dano moral relativo a divulgação de âmbito criminal. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito->

[penal/responsabilidade-da-imprensa-no-dano-moral-relativo-a-divulgacao-de-ambito-criminal/>](#) Acesso em: 22 jun. 2020.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria geral da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. Direito Civil. 13. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forence, 2018.

A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO DEFICIENTE

GABRIEL HENRIQUE REVEZ DE OLIVEIRA:

Bacharelado do Curso de Direito da Universidade Brasil.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O trabalho tem por escopo analisar a evolução da proteção do direito às pessoas com deficiência no Brasil, dando enfoque nos avanços legislativos ocorridos nos últimos tempos, além da progressão nos aspectos culturais e sociais da sociedade no tratamento da questão das pessoas portadoras de deficiência. Tem se mostrado crescente a aplicação de medidas de igualdade e inclusão social em defesa do direito das pessoas visando à integração social destas pessoas, porém ainda não suficiente. A presente pesquisa aborda também um histórico de que nem sempre foi assim, sendo este grupo tratado à margem da sociedade, segregados e injustamente discriminados. Sob o enfoque da proteção constitucional e de leis infraconstitucionais, conclui-se que atualmente o portador de necessidades especiais, a despeito de suas limitações, possui proteção e respaldo legal que lhe garanta viver em sociedade e usufruir do bem comum, porém a realidade ainda ressalta que tais normas positivadas não são completamente efetivadas e concretizadas em políticas e ações afirmativas, demandando a transformação de tais mandamentos em fatos reais e tangíveis.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Inclusão. Políticas afirmativas.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 OS DEFICIENTES ANTIGAMENTE E SUAS DIFICULDADES 2 A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO 2.1 O Extermínio Dos Deficientes 2.2 A Declaração Universal dos Direitos Humanos 2.3 Inclusão Social 2.4 Como Incluir Socialmente Toda a População 3 DOS CRIMES CONTRA OS DEFICIENTES PERANTE A LEI 4 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DO DEFICIENTES 4.1 Acessibilidade 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 6 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho, é analisar por meio de leis, jurisprudências e doutrinas, a aplicação mais veemente da inclusão social, mostrando a negligência e as atrocidades cometidas contra as pessoas com algum tipo de deficiência e todas as leis que foram conquistadas para com o bem estar dos mesmos, mostrando ainda todas as leis cíveis e criminais cabíveis

Para êxito do presente artigo, foi desenvolvida pesquisa bibliográfica existente na área jurídica, artigos científicos de temas semelhantes e demais estudos acerca do assunto em questão.

A história infelizmente nos mostrou ao decorrer dos tempos, um preconceito, discriminação, hostilidade, implicância e diversos outros termos depreciativos quando se trata dos deficientes, seja eles, deficientes físicos e intelectuais. Eles eram tratados como a “escória” da sociedade e quando não eram vistos dessa maneira, simplesmente eram ignorados, pessoas invisíveis.

Os deficientes físicos e mentais eram tratados como possuídos por demônios e queimados como bruxas. Em algumas nações, os que nasciam com deficiência física eram mortos ou abandonados, se estes sobrevivessem, eram levados para divertir os nobres, como bobos da corte ou nos circos.

A conquista de alguns direitos para os deficientes, foi um marco interessante na história para essas pessoas que sempre sofreram muito e sofrem até hoje, são conquistas que para a população não deficiente podem ser tratados como direitos básicos, porém para os deficientes foi de extrema importância, devolvendo a todos o direito à vida.

A evolução dos direitos dos deficientes, foi lenta e gradativa e continua sendo assim até hoje. Na Grécia, especificamente em Atenas, Grécia, os recém-nascidos com alguma deficiência eram abandonados em vasilhas de argilas.

No início do século XIX, embora ainda não se tivesse ideia sobre a efetiva integração das pessoas com deficiência na sociedade, deu-se início a uma nova e boa fase para estes, a sociedade começou a assumir sua responsabilidade quanto a essas pessoas.

Da árdua luta pelo direito de serem consideradas “pessoas humanas” dignas de vida, hoje já se pode lançar um olhar otimista sobre um futuro, que se espera bem próximo, quando será superada de vez a segregação suportada por essa grande parcela da sociedade.

Dividido em partes, o Estatuto da Pessoa com Deficiência aborda alguns itens, são eles: os direitos fundamentais da pessoa com deficiência, por exemplo, o direito à saúde, ao transporte e à educação, a acessibilidade a Ciência e Tecnologia: parte do Estatuto que trata do acesso à comunicação e à informação com a utilização de tecnologias assistivas. Essas tecnologias dizem respeito aos equipamentos, serviços, estratégias e práticas que contribuem para reduzir os problemas da pessoa com deficiência e promover a independência e inclusão desses cidadãos. O acesso à justiça e punições relacionadas a atitudes de discriminação.

Graças ao desenvolvimento da tecnologia assistiva, já podemos perceber o aumento de oportunidades na vida dessas pessoas, e o futuro tende a ser ainda mais promissor no que depender dessa área. A utilização de aplicativos em celulares é apenas um desses exemplos.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência e este presente artigo têm como foco a promoção da autonomia individual, da acessibilidade e da liberdade. Uma das principais conquistas alcançadas por meio dele foi o compromisso com a autonomia da pessoa com deficiência para o exercício de atividades da vida civil como as demais pessoas.

1 OS DEFICIENTES ANTIGAMENTE E SUAS DIFICULDADES

Na Idade Média, a pessoa com algum tipo de deficiência era vista como monstro, tratada como indivíduo que não fazia jus a nenhum amparo. A partir do século XVI até XIX, os deficientes eram totalmente suprimidos, sendo que a sociedade os dispunham em estabelecimentos semelhantes à prisões, como forma social de isolamento, tais como instituições fechadas e hospitais psiquiátricos, não proporcionando nenhuma forma de intervenção médica ou auxílio.

No fim da Idade Média e na Renascença, a loucura era tratada como mistério sobrenatural, relacionada ao mal. Nesse período, quando as pessoas se deparavam com um deficiente, expulsavam-no da cidade. Isso porque a sociedade até então julgava que estavam expurgando o local, afastando o deficiente e dispondo-o unidos com outros da mesma doença, acarretando conseqüentemente a criação de uma medicina de exclusão. Além disso, no continente europeu haviam inspeções diárias nas habitações de seus cidadãos, a fim de averiguar a existência de deficientes no local, sendo que em casos afirmativos, alocavam-nos em enfermarias especiais (FOUCAULT, 1979).

Durante muito tempo, a loucura era entendida como perigo de Estado, a ser combatida por meio de contenções como forma de acrisolamento de almas e corpos.

Surgiram asilos dedicados para as referidas pessoas deficientes, no período compreendido entre a segunda metade do século XVIII, e posteriormente, com o início da crise econômica Europeia, surgiram os denominados “depósitos de mendigos”.

A partir do século XX, nota-se a dissipação das casas de internamento, por serem inúteis, ocasionando as primeiras inserções do louco na sociedade através de legislações, mediante participação estatal.

Por conseguinte, na Europa criou-se o sistema de cotas empregatícias, com a finalidade de acolhimento de inválidos nas guerras, visando o afastamento do excesso ocasionado na previdência social. Foi emitida pela OIT (Organização Internacional do

Trabalho) uma recomendação que forçava as instituições públicas e privadas a admitirem trabalhadores deficientes advindos da guerra.

Por volta de 1960, período em que as pessoas em questão eram tidas como inválidas e incapacitadas, vê-se o surgimento de modelo médico, visando a tutela em razão de suas incapacidades, com o fito de prestação de serviços de apoio ao deficiente. Com o paradigma da integração social, em 1970, foi proporcionado a ideia de afastar a exclusão social.

Em relação ao Brasil, em 1978 a Constituição Federal positivou a garantia de melhoria de condição social e economia aos deficientes, mediante educação especial e gratuita.

Por meio do programa de Ação Mundial para Pessoas com Deficiências, criado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1982, foi proposto o intuito de garantir mecanismos para prevenção e reabilitação da deficiência, e consumação da igualdade e participação das pessoas com deficiência na vida social e no desenvolvimento.

Em 1988, com a entrada em vigor da Carta Magna nacional, foi instituída a educação na rede de ensino regular aos portadores de deficiência. Corroborando com os preceitos constitucionais, a Lei Federal 7.853, Portadores de Deficiência, de 1989 estabeleceu a integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (...)", no item da Educação é decretado:

- a) A inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios;
- b) A inserção, no referido sistema educacional, das escolas especiais, privadas e públicas;
- c) A oferta, obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento público de ensino; entre outros.

Não obstante, a referida Lei estabeleceu disposições sobre a área da formação profissional e do trabalho dos portadores de deficiência.

Soares (2006) esclarece que com a vigência do modelo social, iniciado por volta de 1990, os indivíduos com deficiência puderam ter direito de acesso aos serviços e bens essenciais para seu desenvolvimento pessoal, social, educacional e profissional, com a finalidade de inserção à sociedade com dignidade, assumindo seus papéis sociais. Ressalta-

se que somente a partir do século passado que as pessoas com deficiência foram vistas como cidadãos com deveres e direitos perante à sociedade.

Necessário frisar a realização pela UNESCO da Conferência Mundial sobre Educação para Todos, em 1990, na Tailândia, sendo abordados as questões de necessidades educacionais básicas para todos, universalização do acesso, promoção de igualdade, ampliação de conteúdos da Educação Básica e melhoria no ambiente de estudo.

Através da Declaração de Salamanca, ratificada por 80 países no ano de 1995, estabeleceu-se a luta contra a discriminação nas escolas regulares, o acolhimento das crianças independentes de suas condições físicas, intelectuais, emocionais, linguísticas e sociais.

Nogueira (2006) afirma que com a Lei de Diretrizes e Bases Nº 9.394/96, fixou-se diretrizes e bases da educação nacional, visando estabelecer um meio preferencial a portadores de deficiência na rede de ensino regular.

Pela Lei de Cotas (Lei 8213/91), estipulou-se a obrigatoriedade de todas as empresas do setor privado a terem um percentual de suas vagas para pessoas portadoras de deficiências de acordo com a quantidade de colaboradores (SIMONELLI, 2009).

De acordo com a supracitada legislação, são ponderadas as seguintes deficiências:

- Deficiência Física: como amputação, paraplegia, monoplegia, paraparesia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplesia, hemiparesia, ostomia, paralisia cerebral, nanismo;

- Deficiência visual: como cegueira, baixa visão, pessoas com campo visual de ambos os olhos igual ou menor que 60°;

- Deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, aferida por exame de audiometria;

- Deficiência mental: pessoas com limitações associadas ou mais áreas de habilidades adaptativas como: comunicação, cuidado pessoal, habilidades sociais, utilização de recursos da comunidade, saúde e segurança, lazer, habilidade acadêmicas e trabalho.

- Deficiência múltipla: pessoa com duas ou mais deficiência. Relativamente ao reconhecimento da referida deficiência, é emitido laudo médico assinado pelo Médico do Trabalho da empresa ou de outro médico do trabalho, e em caso de reabilitação, do Certificado de Reabilitação Profissional emitido pelo INSS.

2 A Inclusão das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho

Em um Estado Democrático de Direito, já no nascimento o indivíduo adquire direitos inalienáveis, sendo tutelado a partir desse momento, fazendo jus a proteção especial durante a infância, traduzindo isso como a efetivação de educação básica, alimentação necessária para seu desenvolvimento, e medidas auxiliares de saúde. Dessa forma, será feito campo fértil para que busque uma vida com dignidade, possuindo liberdade externar suas opiniões, participar de associações de cunho civil ou religioso, de partidos políticos, de esferas do governo, bem como, tenha oportunidade para trabalhar, sustentar a si própria e a família. O trabalho dignifica o homem, de acordo com o entendimento do senso comum. À vista disso, mediante o labor, o indivíduo recebe seu salário, adquire respeito da família, amigos e da sociedade.

2.1 O Extermínio Dos Deficientes

Muitos alemães não queriam lembrar dos indivíduos incompatíveis com o conceito da raça superior e com isso, os deficientes físico e mentais eram considerados inúteis à sociedade, uma ameaça a pureza genética ariana, sendo assim eram julgados como injustos de viver. No início da segunda guerra mundial, aqueles que tinham algum tipo de deficiência física ou mental, eram executados pelo programa que os nazistas chamavam de T-4, ou a famosa Eutanásia.

O programa Eutanásia não teria sucesso sem a ajuda dos médicos, que julgavam quem ou não deveria viver e morrer, os deficientes eram transportados seis instituições na Alemanha e Áustria, onde eram mortos em câmaras de gás, especialmente construídas para esse fim.

Bebês deficientes e crianças pequenas também eram submetidas aos assassinatos com algumas espécies de injeções letais contendo drogas e demais substâncias, ou eram abandonadas, assim morrendo de fome e falta de cuidados. Os corpos dessas vítimas eram queimados em fornos, os denominados crematórios.

Mesmo com os protestos públicos a favor do fim dessa crueldade, a liderança nazista tentou manter o programa em sigilo, estima-se que cerca de 200.000 (duzentos mil) de deficientes foram assassinados pelos nazistas entre 1940 e 1945.

2.2 A Declaração Universal dos Direitos Humanos

Este diploma, datado de 1948, estabeleceu já no primeiro artigo que "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade".

Já no quinto artigo temos uma passagem importante “Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

No sétimo artigo deste diploma, é reforçado o ideal de igualdade, sem qualquer distinção, e igualdade de proteção perante a lei, sendo vedada qualquer forma de discriminação, além de proibição de incitamento a discriminação.

2.3 Inclusão Social

Trata-se do ato de abranger e integrar na sociedade categorias de pessoas historicamente excluídas do processo de socialização, como negros, indígenas, pessoas com necessidades especiais, homossexuais, travestis e transgêneros, bem como aqueles em situação de vulnerabilidade socioeconômica, como moradores de rua e pessoas de baixa renda.

Deficientes físicos e deficientes mentais, portadores de comorbidades neurológicas e portadores de necessidades especiais, em geral, também foram, por muito tempo, **excluídos da sociedade em razão de suas limitações**. Durante muito tempo, pensou-se na urbanização, no lazer, na educação e no esporte voltado para as pessoas com algum tipo de dificuldade.

As pessoas com deficiências físicas, por exemplo, não conseguiam e, em muitos casos, ainda não conseguem andar na rua com segurança ou acessar espaços públicos por não haver nesses locais instrumentos que viabilizem a sua inclusão, como guias para deficientes visuais ou rampas para acesso de cadeirantes a locais com escadarias.

As **pessoas que convivem com problemas neurológicos** que causam algum tipo de atraso cognitivo também ficaram, por muito tempo, excluídas do direito à educação escolar. Antigamente, as famílias mantinham essas pessoas em casa, pois não havia escolas adaptadas para recebê-las, o que resultava em mais atraso e na privação da educação e do convívio social com outras pessoas, levando a um quadro de não desenvolvimento de habilidades que poderiam ser desenvolvidas caso houvesse a inclusão dessas pessoas na escola.

2.4 Como Incluir Socialmente Toda a População

A educação inclusiva é um processo contínuo e dinâmico, que implica a participação de todos os envolvidos, inclusive do próprio educando. Por isso, é importante, antes de qualquer coisa, garantir sua presença na escola. Para que a equipe pedagógica possa conhecê-lo bem e assim buscar identificar meios de garantir sua inclusão efetiva.

Uma escola inclusiva é uma escola que inclui a todos, sem discriminação, e a cada um, com suas diferenças. Perseguindo a aprendizagem de forma ampla e colaborativa,

oferecendo oportunidades para todos com diferentes estratégias, de modo que todos possam desenvolver seu potencial.

A lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, fala sobre a inclusão de pessoas com deficiência, tanto física quanto mental, intelectual e sensorial. O intitulado “Estatuto da Pessoa com Deficiência” garante e suscita aos seus portadores o direito de igualdade perante a sociedade, englobando acessibilidade, acesso à informação, participação na vida pública e política, entre outros.

O esporte tem sido uma importante ferramenta quando o assunto é inclusão social. Além de promover a convivência em grupo, atividades desse tipo ajudam no crescimento pessoal, na percepção da participação de cada um na sociedade, no aprimoramento da disciplina, do respeito ao próximo, entre diversos outros aspectos.

3 DOS CRIMES CONTRA OS DEFICIENTES PERANTE A LEI

Após séculos de discriminação, foram positivados diversas normas com a finalidade de tutela da pessoa com deficiência, visando proteção contra o desrespeito dos postulados mínimos assegurados pelo ordenamento jurídico pátrio, seja pela Carta Constitucional, quanto pelos direitos humanos, do qual o Brasil ratifica o compromisso de honrar o respeito à dignidade da pessoa com deficiência. Nesse contexto, destaca-se a Lei 13.146/2015, que fala especialmente dos dispositivos que tratam de crimes contra a pessoa com deficiência.

O fato é que os indivíduos aqui mencionados demandam tutela e proteção especial, notadamente afetiva. Gestos que por vezes não causam o mínimo problema a qualquer pessoa, pode ter dimensões negativas quando destinado à pessoa portadora de deficiência. Com base nisso, há previsão da infração de prática de discriminação contra a pessoa do deficiente, fixado pelo art. 88 da Lei 13.146/2015, estabelecendo pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Certo é que o ato de discriminar já é reputado como desprezível, sendo este ato agravado e elevado o grau de inconveniente quando é dirigido a pessoa com deficiência, torna uma atitude ainda mais grave. A defesa e preservação da pessoa com deficiência tem como escopo a eliminação de tais condutas ilícitas, bastando ver como exemplo a atitude de um funcionário proíbe a entrada de uma pessoa deficiente na sala de cinema em razão de sua deficiência, incidindo no cometimento do delito acima referido.

A partir do momento em que uma determinada pessoa fica responsável sob a tutela da pessoa com necessidades especiais, a sociedade como um todo ratifica a confiança de que a referida pessoa irá salvaguardar os interesses da pessoa portadora de

deficiência contra qualquer lesão ou ameaça de lesão à seus direitos constitucionalmente consagrados, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vida, da saúde, entre outros imprescindíveis e inatos à própria existência. Aliado à ao dever e encargo que tal pessoa assume no caso concreto, há ainda a questão da afetividade e da confiança que a pessoa em situação de vulnerabilidade entrega para aquele que tem a incumbência de resguarda-la.

A vítima tem lesionado seu alicerce psicológico, fica abalada, seu grau de desespero acelera, sem ficar inerte no trauma da relação anterior, razão pela qual o legislador previu o fato agravante elencado no § 1º da Lei 13.146/2015. Se na prática da infração, o agente ativo lança mão de meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, a pena é aumentada.

Com o grande avanço tecnológico e expressivo aumento de uso das redes sociais e aplicativos de mensagens, é descomplicadamente movimentado qualquer acervo de informações inseridas na rede mundial de computadores e, infelizmente, a prática dos crimes virtuais de discriminação aumentam exponencialmente. O autor do fato delituoso pensa que é beneficiado por um falso anonimato, não levanto em conta que há incidência de trabalho de inteligência da polícia, que consegue rastrear e identificar o nascedouro ilícito dos delitos virtuais. Qualquer recurso que o indivíduo utilize para propagar sua discriminação, será julgado e certamente incriminado.

Destaca-se que o magistrado pode estabelecer, após oitiva do parquet, o recolhimento e a busca e apreensão do material discriminatório e a interdição das mensagens e páginas da internet.

O art. 89da Lei 13.146/2015, há tipificação do agente delituoso que investe sua ambição contra o patrimônio da pessoa portadora de deficiência. Enfatiza-se que não apenas os bens são protegidos, sendo essa proteção ampliada, alcançando proventos, pensões, benefícios, remuneração ou qualquer tipo de renda.

À título exemplificativo, se alguma pessoa se apropria de valores de um portador de deficiência, incide em crime. Ressalta-se a hipótese de aumento de pena quando o sujeito ativo do crime for quaisquer das pessoas elencadas nos referidos incisos. Sendo assim, em caso de um inventário com um acervo de bens, cujo herdeiro seja uma pessoa deficiente e o inventariante do referido processo se aproprie dos bens.

Destaca-se a previsão de infração penal de quem abandona a pessoa com deficiência, além de também ser tipificada penalmente a atitude covarde de quem não suporta com o compromisso legais de aprovisionar as necessidades básicas. À propósito, quando o genitor não arca com os alimentos de um filho portador de necessidades

especiais, sua inércia em suprir a continuidade de seu sustento é penalmente relevante, incidindo no delito previsto no art. 90 da Lei 13.146/2015:

Art. 90. Abandonar pessoa com deficiência em hospitais, casas de saúde, entidades de asilo ou congêneres:

Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem não prover as necessidades básicas de pessoa com deficiência quando obrigada por lei ou mandado.

Existe ainda pena para quem obtém vantagem indevida para si ou para outrem utilizando cartão magnético ou qualquer meio eletrônico para recebimento de valores a que a pessoa portadora de deficiência tem direito, atitude penalmente relevante inscrita no art. 91 da referida lei.

4 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DO DEFICIENTES

Percebe-se atualmente que tem crescido exponencialmente o movimento em defesa dos direitos das pessoas portadoras de necessidades especiais. É comum o surgimento de campanhas de conscientização pelo Poder Público e pelo chamado terceiro setor visando à integração social destas pessoas.

Com base em todo exposto na pesquisa desse trabalho, por muito tempo, as pessoas portadoras de deficiência foram tratadas à margem da sociedade, algumas vezes segregadas em hospitais, clínicas e outras instituições. Eram injustamente discriminadas, sendo entendidas como pessoas diferentes, "anormais".

Antigamente, imperava a concepção de que deveriam se adaptar à sociedade, se ajustando à sociedade da qual pertenciam, devendo essa permanecer imutável, em nada deveria ser modificada.

Com a elevação da conscientização da sociedade, essa discriminação foi amenizada (amenizada apenas, já que ainda pode ser facilmente presenciada). Não obstante ainda existir discriminação, enfim percebe-se atualmente que a sociedade tem tentado prezar pelo bem comum das pessoas com deficiência, manifestando interesse maior em relação à tal grupo minoritário e vulnerável, observando com maior atenção suas necessidades e limitações.

Atualmente, em razão da evolução cultural e social, vigora o pensamento de que a sociedade e as pessoas portadoras de necessidades especiais devem se unir em busca da integração social deste grupo minoritário.

Dessa forma, de acordo com o preâmbulo fixado pela Carta Magna, a igualdade é um dos mandamentos basilares da república brasileira que, não obstante haver um histórico de violações no passado, possui considerável respeito na atualidade. Desse modo, previu a Carta Constitucional a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário ou critério de admissão do trabalhador portador de deficiência” (art. 7º, inciso XXXI). Mais adiante, encarregou a lei de reservar percentual dos cargos e empregos públicos para tal grupo minoritário e vulnerável, bem como seus critérios de sua admissão.

A nação brasileira assumiu, portanto, o compromisso de admitir a pessoa portadora de necessidades especiais como trabalhadora, dando o primeiro passo para realmente incluir essas pessoas na sociedade, aproximando-as da verdadeira cidadania, em contraposição ao simples assistencialismo.

4.1 Acessibilidade

À luz da igualdade constitucionalmente consagrada, é de incumbência estatal a criação de condições para que deficientes que padecem de situações desiguais consigam auferir os mesmos propósitos. Sendo assim, o Estado assume a responsabilidade de promover e consumir os direitos individuais e sociais, e faz isso por meio de políticas públicas de inclusão das minorias e dos mais vulneráveis, seja por questões financeiras, econômicas e sociais, ou, por limitações motoras ou emocionais.

O gozo dos direitos constitucionais é de caráter geral e abstrato, independentemente do tipo de vulnerabilidade, sendo incumbência estatal assegurar uma condição de vida digna a todos aqueles que residem em seu território. Isto posto, o Poder Executivo é responsável pela formulação de políticas públicas e ações afirmativas. No momento em que há falhas na prestação desses serviços, é função do Judiciário implementadas, fazendo-se concretizar os direitos dessas minorias.

Mister se faz destacar a relevância suportada pelo Judiciário em concretizar os direitos daqueles que se encontram em situações mais vulneráveis. Essa via alternativa só foi possível graças ao movimento de elaboração dos princípios constitucionais, os quais passaram a ter um papel basilar referente à questão econômico, social e político. Outrossim, são vistos como referência para que a sociedade possa atingir os seus valores fins, bem público e garantia do princípio da dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vista de todo o exposto, por meio deste trabalho, conclui-se que existiram diversos avanços através de legislações no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, a pesquisa possibilitou a constatação de desenvolvimento de avanços, tanto culturais como sociais na questão da solução dos dilemas suportados pelas pessoas portadoras de deficiência.

Os avanços significam que a sociedade caminha em busca de uma solução definitiva, porém ainda se traduz em pouca efetividade e concretização da integração das pessoas com necessidades especiais.

Notório é o fato de que resta muita luta para que a realidade se compatibilize com as prescrições normativas, tendo em vista que tais pessoas suportam diariamente obstáculos intransponíveis, com violações à direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados.

Em verdade, "o problema que enfrenta o portador de deficiência não é a ausência de leis. O grande problema é o da eficácia das normas existentes" (SILVA, 1997, p. 175).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal/Centro Gráfico, 2012.

BRASIL. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a **Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência**, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Diário Oficial da União de 21 de dezembro de 1999.

BRASIL. Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001. Promulga a **Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência**. Diário Oficial da União de 09 de outubro de 2001.

BRASIL. Instrução normativa n. 07, de 21 de março de 1996, do Tribunal Superior do Trabalho. Regulamenta, no âmbito da Justiça do Trabalho, **o artigo 5º, § 2º, da Lei 8.112/90**. Diário da Justiça da União de 29 de março de 1996.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre **o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Diário Oficial da União de 12 de dezembro de 1990.

DANTAS, Adriano Mesquita. **Os portadores de deficiência e o concurso para provimento de cargos e empregos públicos. A ineficácia dos dispositivos**

constitucionais e infraconstitucionais - juiz do Trabalho substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Trabalho elaborado em JAN.2005.

DIAS, Luiz Cláudio Portinho. **O Panorama Atual da Pessoa Portadora de Deficiência Física no Mercado de Trabalho**. Disponível em:
<http://www.ibap.org/ppd/artppd/artppd_lcpd01.htm> Acesso em: JUN.2007.

EIZIRIK, Marisa Faermann. **Michel Foucault: um pensador do presente**. Unijuí. Ijuí/RS, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Saraiva, 27. ed. 2001, p. 307

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. coord. **A Pessoa Portadora de Deficiência e o Princípio da Igualdade de Oportunidades no Direito do Trabalho**, in Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. n.1, Advocacia Pública & Sociedade, 1997.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Grall, 1979.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público**. Editora da Universidade Católica de Goiás, Goiânia/GO, 2006.

JÚRIS. **Síntese millennium**: legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. ano 7. n. 40. mar./abr. 2003. São Paulo: Editora Síntese, 2003. 1 CD-ROM.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, v. n.131, p. 283-295, 1996.

ROMITA Arion Sayão. O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade. **Revista Gênese**, v.15, n.86, Curitiba, fev. 2000, p.185.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. **Seguridade social e a pessoa portadora de deficiência**. Advocacia Pública Sociedade, v. 1, n. 1, 1997.

SIMONELLI, A. P. **Contribuições da análise da atividade e do modelo social para a inclusão no trabalho de pessoas com deficiência**. Tese - Doutorado em Engenharia de Produção – Departamento de Engenharia de Produção, Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2009.

SOARES, ALEXANDRE ROSA. **Inclusão ou integração?** Educar para a vida. Abc Educatio. N°. 59 set. 2006.

A NECESSIDADE DE TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA NAS OPERAÇÕES QUE GEREM GANHO DE CAPITAL COM CRIPTOMOEDAS

VICTOR DE MORAES BARBOSA ALENCAR:

Graduando do Curso de Bacharel em Direito na Universidade Federal do Amazonas. Residente em Manaus/AM. Assistente Jurídico do Escritório Medina & Ribeiro Advogados

ANANIAS RIBEIRO OLIVEIRA JÚNIOR²⁰

(orientador)

Resumo: O objetivo deste trabalho é discorrer sobre a necessidade de tributação do Imposto de Renda com as transações de criptomoedas que impliquem ganho de capital devido a volatilidade do mercado e a possibilidade de realizar operações financeiras no mercado atual com as criptomoedas.

Palavras – Chave: Imposto de Renda. Ganho de Capital. Criptomoedas.

Abstract: The objective of this paper is to discuss the need for income tax taxation on cryptocurrency transactions that imply capital gains due to market volatility and the possibility of carrying out financial transactions in the current market with cryptocurrencies.

Keywords: Income tax. Capital gain. Cryptocurrencies.

Sumário: Introdução. I. Critérios Norteadores da Tributação da Renda. II. Legislação Aplicável. III. Irrelevância da Natureza Jurídica das Criptomoedas Para Fins de Tributação da Renda: Princípio da Capacidade Contributiva IV. Da Necessidade de Declaração dos Criptoativos. V. Da Tributação do Imposto de Renda Quando Há Ganho de Capital. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Com o avanço tecnológico cada vez mais se torna recorrente a utilização de com criptomoedas, as quais possuem uma alta volatilidade e podem gerar um ganho de capital, por meio da venda direta, permuta por bens, dentre outras operações.

²⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, Ananias Ribeiro de. Orientador do artigo. Advogado. Professor de Direito Tributário na Universidade Federal do Amazonas. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Foi Procurador da Fazenda Nacional no Amazonas, Auditor Fiscal de Tributos do Município de Manaus e Procurador do Município de Manaus..

A título de exemplo, o bitcoin, que é a criptomoeda mais conhecida, teve valor inicial de US\$ 0,08 (oito cents), enquanto atualmente equivale a US\$ 31.423,60 (trinta e um mil quatrocentos e vinte e três dólares e sessenta cents)²¹. Ou seja, a aquisição dos criptoativos pode gerar um acréscimo patrimonial expressivo, que deve ter a atenção para fins de tributação no Imposto de Renda.

O artigo 5º, inciso I, da Instrução Normativa nº 1.888/19, da Receita Federal do Brasil, define as criptomoedas como sendo:

Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

I - criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal;

Segundo Follador (2006), os criptoativos são moedas virtuais, conversíveis, descentralizadas, e protegidas por criptografia assimétrica, as quais, por ser um meio de troca, podem estar relacionadas a praticamente todos os outros tipos de atos, negócios e situações jurídicas conhecidos.

Não é raro, portanto, que pessoas físicas ou jurídicas comecem a utilizar das criptomoedas para realizar operações financeiras. Contudo, e aqui que reside a relevância do presente artigo científico, caso o contribuinte adquira os criptoativos e estes venham a sofrer uma valorização, com posterior venda ou permuta por um bem, deve haver a tributação do Imposto de Renda, devido ao ganho de capital experimentado.

Nesse sentido, a fim de comprovar a tese, o presente artigo demonstrará os critérios delineadores da tributação do imposto de renda, de generalidade, universalidade e progressividade, comentará a legislação aplicável a tributação dos criptoativos pelo Imposto de Renda, demonstrará as posições da Comissão de Valores Imobiliários e da Receita Federal sobre a natureza jurídica dos criptoativos, a necessidade de declaração dos criptoativos e, por fim, da necessidade de tributação quando há ganho de capital.

Para esse fim, a metodologia utilizada foi o emprego de técnicas de pesquisa bibliográfica de livros, artigos, teses de mestrado, além de consulta da legislação tributária

²¹ Cotação realizada no dia 16 de julho de 2021

e posições da Receita Federal do Brasil. Em conclusão, o artigo visa demonstrar a necessidade de tributação do Imposto de Renda quando há ganho de capital nas operações que envolvam criptomoedas.

I. CRITÉRIOS NORTEADORES DA TRIBUTAÇÃO DA RENDA

O desenvolvimento tecnológico alterou inúmeros conceitos, inclusive, a própria forma como o Direito é interpretado, contudo, mesmo sendo a ciência jurídica notadamente dinâmica, a Constituição Federal e a legislação pátria já previam a tributação de renda incidente nos criptoativos.

O Direito deve ser trabalhado de forma verticalizada, sendo a norma superior a responsável em fundamentar a norma inferior²². Dito isto, não segue outra sorte o arcabouço jurídico que respalda a tributação de renda dos criptoativos, tendo como seu nascedouro o texto constitucional e a sua base as normas jurídicas inferiores, senão vejamos.

Inicialmente, preceitua o artigo 153, inciso III, § 2º, inciso I da Carta Magna o seguinte:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: III - renda e proventos de qualquer natureza;

§ 2º O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

Assim, nota-se que os critérios do imposto de renda refletem em três critérios: (i) generalidade; (ii) universalidade e, por fim; (iii) progressividade.

A generalidade é critério que diz respeito ao campo subjetivo, mais especificamente à sujeição passiva ao tributo²³, segundo o qual o tributo deve abranger todos contribuintes que pratiquem o ato ou estejam em igual relação com o fato descrito na hipótese de incidência²⁴. A renda, portanto, deve ser reconhecida com a observância desse critério, de modo que não se pode admitir a criação de classe de contribuintes ou de patrimônio, na medida em que todos, indistintamente, são contribuintes potenciais ou de

²² Kelsen, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009. p. 32.

²³ Paulsen, Leandro. Constituição e código tributário comentados à luz da doutrina e da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 279.

²⁴ Difini, Luiz Felipe Silveira. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 77.

fato²⁵. Em termos gerais: todo acréscimo patrimonial decorrente de atos de produção de renda deve ser objeto de tributação.

Já a universalidade é critério relacionado à extensão da base de cálculo do tributo, que deve abranger quaisquer rendas e proventos auferidos pelo contribuinte²⁶. Segundo esse critério, o fato gerador e a respectiva base de cálculo devem englobar a universalidade de fatores positivos e negativos de mutação da universalidade patrimonial do contribuinte dentro de um período fixado pela lei²⁷. Assim, para que a renda seja informada pelo critério da universalidade, todos os elementos integrados no processo de sua produção devem ser submetidos à tributação de forma absolutamente igual, não havendo que se falar em receitas diferentes de outras nem de despesas diferentes de outras²⁸.

Por fim, a progressividade é critério que exige variação positiva da alíquota à medida que há aumento da base de cálculo. Segundo esse critério, quanto maior a base de cálculo, maior a alíquota. O Imposto de Renda, por ser de natureza pessoal, deve ser necessariamente graduado segundo a capacidade econômica do contribuinte²⁹.

II. A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

O Código Tributário Nacional prevê que o Imposto de Renda tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda (produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos) ou de proventos de qualquer natureza (acréscimos patrimoniais diversos), nos termos do art. 43:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

²⁵ RENCK, Renato Romeu. Imposto de Renda da Pessoa Jurídica/Critério constitucionais de apuração da base de cálculo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 160

²⁶ PAULSEN, Leandro. Constituição e código tributário comentados à luz da doutrina e da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 279-280.

²⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 325.

²⁸ RENCK, Renato Romeu. Imposto de Renda da Pessoa Jurídica/Critério constitucionais de apuração da base de cálculo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 161.

²⁹ PAULSEN, Leandro. Constituição e código tributário comentados à luz da doutrina e da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 280.

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

A norma tributária, portanto, dispõe que a incidência do tributo independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

O diploma tributário define em seu art. 45, ainda, como contribuinte do imposto o titular da disponibilidade, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis³⁰.

De modo a regulamentar a previsão do Código Tributário Nacional, sobreveio a Lei nº 7.713/1988, dispondo que o Imposto de Renda incide sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, segundo prevê o art. 3º:

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

§ 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição,

³⁰ Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

Nos termos da lei, integram o rendimento bruto (i) todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões recebidos em dinheiro, e ainda os provendo de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados e (ii), como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos mensalmente, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente.

Há previsão legal, ainda, no sentido de que na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins, nos termos do §3º.

III. A IRRELEVÂNCIA DA NATUREZA JURÍDICA DAS CRIPTOMOEDAS PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO DA RENDA: PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O foco da discussão em face da natureza jurídica das criptomoedas consiste em sua definição como: (i) valor imobiliário; (ii) ativo financeiro; (iii) bem; (iv) moeda e, inclusive; (iv.1) moeda paralela.

Discute-se a respeito dos criptoativos se enquadrarem no conceito de valor imobiliário, a teor do que dispõe o artigo 2º da Lei nº 6.385/76, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.

A respeito da classificação das criptomoedas como ativos financeiros, há um impasse entre a Receita Federal e a Comissão de Valores Mobiliários.

A Receita Federal, na aba 'perguntas e respostas', define que as criptomoedas devem ser tidas como ativos financeiros para fins de incidência do Imposto de Renda³¹:

31 BRASIL, Secretaria da Receita Federal do. IMPOSTO SOBRE A RENDA: PERGUNTAS E RESPOSTAS. Brasília, 2016. p. 447. Disponível em:

As moedas virtuais (bitcoins, por exemplo), muito embora não sejam consideradas como moeda nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na Ficha Bens e Direitos como “outros bens”, uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro. Elas devem ser declaradas pelo valor de aquisição.

Em sentido contrário, a CVM veda a aquisição de criptomoedas por parte dos fundos de investimento (Instrução CVM nº 555/15), conforme o Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN:

Fazemos referência aos comunicados realizados pela CVM em 11/10/2017 e 16/11/2017, relacionados às operações de Initial Coin Offerings (“ICO”), e a consultas, efetuadas por diversos participantes de mercado, acerca de possibilidade de investimento, pelos fundos de investimento regulados pela Instrução CVM nº 555/14, nas atualmente denominadas “criptomoedas”.

Como sabido, tanto no Brasil quanto em outras jurisdições ainda tem se discutido a natureza jurídica e econômica dessas modalidades de investimento, sem que se tenha, em especial no mercado e regulação domésticos, se chegado a uma conclusão sobre tal conceituação.

Assim e baseado em dita indefinição, a interpretação desta área técnica é a de que as criptomoedas não podem ser qualificadas como ativos financeiros, para os efeitos do disposto no artigo 2º, V, da Instrução CVM nº 555/14, e por essa razão, sua aquisição direta pelos fundos de investimento ali regulados não é permitida.

Nesse contexto, também há quem defenda que as criptomoedas são bens incorpóreos, nos termos da lição clássica do professor Caio Mário da Silva Pereira³².

E, ainda, há uma corrente capitaneada por Nicole Julie Fobe, que defende que as criptomoedas se encaixam no conceito de moedas paralelas, em razão da existência de seus atributos monetários, mas inexistência de seu reconhecimento jurídico como moeda. Nesse sentido, discorre Nicole Julie Fobe, em sua tese de mestrado, acerca da definição de moedas paralelas:

<<https://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2016/perguntao/irpf2016perguntao.pdf>>. Acessado em: 15 de setembro de 2019.

32 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil volume I – Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil. 30ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA, 2016. p. 348

Aquelas que carecem de reconhecimento jurídico no tocante à sua qualidade de moeda por parte do Estado, mas que são utilizadas e reconhecidas enquanto meio circulante por aqueles que as empregam (FOBE, 2016, p. 42)

Por derradeiro, no julgamento do Conflito de Competência nº 161.123/SP (2018/0248430- 4)33, o STJ decidiu que a competência para julgar crimes envolvendo bitcoins deve ser atribuída à Justiça Estadual. Em que pese a *ratio decidendi* desse precedente constituir via adequada para definição da natureza jurídica das criptomoedas, o STJ, ao final, acabou por não a definir, confira-se:

1. A operação envolvendo compra ou venda de criptomoedas não encontra regulação no ordenamento jurídico pátrio, pois as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda, nem são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), não caracterizando sua negociação, por si só, os crimes tipificados nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem mesmo o delito previsto no art. 27-E da Lei n. 6.385/1976. (...)

(STJ - CC: 161123 SP 2018/0248430-4, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 28/11/2018, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 05/12/2018)

A única conclusão relevante do julgado do Superior Tribunal de Justiça, portanto, é de que os criptoativos não possuem natureza jurídica de moedas, uma vez que não são reguladas pelo Banco Central.

Em que pese a discussão sobre a natureza jurídica dos criptoativos, a Receita Federal entende que a natureza jurídica das criptomoedas, sobretudo nos casos concretos, é irrelevante para fins da tributação da renda em geral e irrelevante para fins da legítima tributação. Isso é dito conforme o princípio da capacidade contributiva.

O princípio da capacidade contributiva, definido no artigo 145, § 1º da CF/8834, não restrito aos impostos (conforme ADI nº 4.697/201135 e Recurso Extraordinário nº 598.57236) está diretamente ligado com a capacidade/disponibilidade econômica.

34 Art. 145. § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitadas os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

35 AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONSELHOS PROFISSIONAIS. AUTARQUIAS FEDERAIS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE INTERESSE PROFISSIONAL. ANUIDADES. ART. 149 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LEI COMPLEMENTAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. PRATICABILIDADE. PARAFISCALIDADE. LEI FEDERAL 12.514/2011. 1. A jurisprudência desta Corte se fixou no sentido de serem os conselhos profissionais autarquias de índole federal. Precedentes: MS 10.272, de relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, Tribunal Pleno, DJ 11.07.1963; e MS 22.643, de relatoria do Ministro Moreira Alves, DJ 04.12.1998. 2. Tendo em conta que a fiscalização dos conselhos profissionais envolve o exercício de poder de polícia, de tributar e de punir, estabeleceu-se ser a anuidade cobrada por essas autarquias um tributo, sujeitando-se, por óbvio, ao regime tributário pátrio. Precedente: ADI 1.717, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 28.03.2003. 3. O entendimento iterativo do STF é na direção de as anuidades cobradas pelos conselhos profissionais caracterizarem-se como tributos da espécie "contribuições de interesse das categorias profissionais", nos termos do art. 149 da Constituição da República. Precedente: MS 21.797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 18.05.2001. 4. Não há violação à reserva de lei complementar, porquanto é dispensável a forma da lei complementar para a criação das contribuições de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais. Precedentes. 5. Em relação à ausência de pertinência temática entre a emenda parlamentar incorporada à Medida Provisória 536/2011 e o tema das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, verifica-se que os efeitos de entendimento da ADI 5.127, de relatoria da Ministra Rosa Weber e com acórdão por mim redigido, não se aplica à medida provisória editada antes da data do julgamento, uma vez que a este foi emprestada eficácia prospectiva. 6. A Lei 12.514/2011 ora impugnada observou a capacidade contributiva dos contribuintes, pois estabeleceu razoável correlação entre a desigualdade educacional e a provável disparidade de rendas auferidas do labor de pessoa física, assim como por haver diferenciação dos valores das anuidades baseada no capital social da pessoa jurídica contribuinte. 7. Não ocorre violação ao princípio da reserva legal, uma vez que o diploma impugnado é justamente a lei em sentido formal que disciplina a matéria referente à instituição das contribuições sociais de interesse profissional para aqueles conselhos previstos no art. 3º da Lei 12.514/11. 8. No tocante à legalidade tributária estrita, reputa-se ser adequada e suficiente a determinação do mandamento tributário no bojo da lei impugnada, por meio da fixação de tetos aos critérios materiais das hipóteses de incidência das contribuições profissionais, à luz da chave analítica formada pelas categorias da praticabilidade e da parafiscalidade. Doutrina. 9. Ações Diretas de Inconstitucionalidade improcedentes.

(ADI 4697, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 29-03-2017 PUBLIC 30-03-2017)

36 RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FOLHA DE SALÁRIO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E ASSEMBLADAS. DIFERENCIAÇÃO DE ALÍQUOTAS. CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL DE 2,5%. ART. 22, §1º, DA LEI 8.212/91. CONSTITUCIONALIDADE. 1. A jurisprudência do STF é firme no sentido de que a lei complementar para instituição de contribuição social é exigida para aqueles tributos não descritos no altiplano constitucional,

Dessa forma, a partir do princípio da capacidade contributiva, é totalmente admissível a tributação da renda decorrente do ganho de capital auferido a partir das operações que envolvem os criptoativos. Inclusive, isso é expressamente defendido por Letícia Menegassi Borges e Luiz Gustavo Dorles³⁷.

IV. DA NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS

O artigo 6º, §2º, da Instrução Normativa nº 1.888/19 da Receita Federal do Brasil, estabelece que o contribuinte é obrigado a prestar informações sobre as criptomoedas nos casos de transferência:

Art. 6º. § 2º A obrigatoriedade de prestar informações aplica-se à pessoa física ou jurídica que realizar quaisquer das operações com criptoativos relacionadas a seguir:

I - compra e venda;

II - permuta;

III - doação;

IV - transferência de criptoativo para a exchange;

conforme disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição da República. A contribuição incidente sobre a folha de salários esteve expressamente prevista no texto constitucional no art. 195, I, desde a redação original. O artigo 22, § 1º, da Lei 8.212/91 não prevê nova contribuição ou fonte de custeio, mas mera diferenciação de alíquotas, sendo, portanto, formalmente constitucional. 2. Quanto à constitucionalidade material, a redação do art. 22, § 1º, da Lei 8.212 antecipa a densificação constitucional do princípio da igualdade que, no Direito Tributário, é consubstanciado nos subprincípios da capacidade contributiva, aplicável a todos os tributos, e da equidade no custeio da seguridade social. Esses princípios destinam-se preponderantemente ao legislador, pois nos termos do art. 5º, caput, da CRFB, apenas a lei pode criar distinções entre os cidadãos. Assim, a escolha legislativa em onerar as instituições financeiras e entidades equiparáveis com a alíquota diferenciada, para fins de custeio da seguridade social, revela-se compatível com a Constituição. 3. Fixação da tese jurídica ao Tema 204 da sistemática da repercussão geral: "É constitucional a previsão legal de diferenciação de alíquotas em relação às contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários de instituições financeiras ou de entidades a elas legalmente equiparáveis, após a edição da EC 20/98." 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 598572, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-166 DIVULG 08-08-2016 PUBLIC 09-08-2016

37 BORGES, Letícia Menegassi; SILVA, Luiz Gustavo Doles. O Regime Jurídico Tributário Aplicável às Criptomoedas. In: ELJASKEVICIUTE, Addy Mazz; FEITOSA, Raymundo Juliano; SOUZA, Roney José Lemos Rodrigues de. Direito Tributário e Financeiro I. Anais do V Encontro Internacional do CONPEDI. Montevédu, Uruguai. Florianópolis, CONPEDI, 2016, p. 162-169

V - retirada de criptoativo da exchange;

VI - cessão temporária (aluguel);

VII - dação em pagamento;

VIII - emissão; e

IX - outras operações que impliquem em transferência de criptoativos.

Já o art. 7º da IN 1.888/19, prevê que deve ser informado a data, o tipo, os titulares, os criptoativos utilizados, a quantidade, valor e taxa da operação, a fim de a Receita Federal ter um maior controle sobre as transações.

Para fins do Imposto de Renda, sempre que houver ganho de capital oriundo de operações realizadas com criptoativos, este deve declarar na seção de nominada "ganho de capital" da Declaração de Ajuste Anual.

O dever de declaração é uma obrigação acessória inerente ao regime de tributação do Imposto de Renda, nos termos do artigo 113 do CTN, §2º:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória. (...)

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

No âmbito da legislação do imposto de renda, dentre outros atos normativos, o dever de declaração está previsto no art. 21, inciso I, da Lei nº 8.981 e no art. 3º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 7.713/88:

Art. 21. O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza sujeita-se à incidência do imposto sobre a renda, com as seguintes alíquotas:

I - 15% (quinze por cento) sobre a parcela dos ganhos que não ultrapassar R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei. (...)

3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

§ 4º A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título

Como dito anteriormente, o Código Tributário Nacional consagra o princípio da universalidade, segundo o qual o Imposto de Renda deve recair sobre qualquer espécie de rendimento ou acréscimo patrimonial. Não há dúvidas, assim, de que as operações com criptoativos podem ser objeto de tributação pelo Imposto de Renda.

A lei, *in abstracto*, é o conjunto de normas recolhidas e escritas, baseadas na experiência das relações humanas, que servem para ligar os fatos ou os acontecimentos ao direito, em ordem à paz social. Sendo assim, trata-se do produto da cultura humana e são adaptáveis ao momento histórico, aos valores sociais de cada povo e ao lugar que devem ser aplicadas, segundo a evolução cultural.

Tais informações são de extrema relevância, pois descaracterizam a necessidade da utilização expressa de termos como “criptoativos” em lei para que se estabeleça uma obrigação, uma vez que os criptoativos refletem uma nova tecnologia cuja utilização já é realidade, mas que ainda foi pouco explorada pelo Direito.

Por esse motivo, o dever de declaração dos criptoativos para o Fisco é de suma importância para a segurança jurídica, para a ordem social/econômica e para a proteção do mercado nacional, no sentido de prevenir o risco do ilícito (lavagem de dinheiro). Ou seja, a ausência da declaração das operações que envolvem os criptoativos, abre caminho para realização de atividades de cunho ilícito, a exemplo das fraudes financeiras, conforme aduz Baron (2015).

Nesse sentido, o Banco Central Europeu emitiu um relatório especial em 2012, complementado em 2015, apontando a necessidade especial de monitoramento pelo Sistema Financeiro, em razão do alto potencial de utilização das criptos para o crime de

lavagem de dinheiro (tópicos: *Absence or unclarity of legal status; Unregulated activities; Lack of continuity and potential illiquidity; Anonymity “pseudonymity”* – Relatório do Banco Central Europeu³⁸).

Ademais, o Caso Silck Road - *leading case* para a regulamentação do bitcoin no Estado de Nova York³⁹ - consistiu na venda de bitcoins para fins de transações com narcóticos em sítio eletrônico. Na mesma linha é o Caso Vinnick, em que o russo Alexander Vinnick utilizou o sistema de bitcoin para lavagem de dinheiro no surpreendente montante de 4 (quatro) bilhões de dólares.

No âmbito interno, há dois alertas institucionais quanto ao risco do ilícito e a necessidade de efetiva fiscalização em face dos criptoativos, são estes: (i) o Comunicado nº 31.379, de 16 de novembro de 2017, do Banco Central do Brasil e; (ii) nota oficial da Comissão de Valores Imobiliários (CVM) sobre Initial Coin Offering.

No Comunicado nº 31.379/2017, o Banco Central dá ênfase ao aludido potencial do ilícito:

3. Destaca-se que as moedas virtuais, se utilizadas em atividades ilícitas, podem expor seus detentores a investigações conduzidas pelas autoridades públicas visando a apurar as responsabilidades penais e administrativas. 4. As empresas que negociam ou guardam as chamadas moedas virtuais em nome dos usuários, pessoas naturais ou jurídicas, não são reguladas, autorizadas ou supervisionadas pelo Banco Central do Brasil. Não há, no arcabouço legal e regulatório relacionado com o Sistema Financeiro Nacional, dispositivo específico sobre moedas virtuais. O Banco Central do Brasil, particularmente, não regula nem supervisiona operações com moedas virtuais

Portanto, é de suma importância a declaração das operações com criptoativos, para que a Receita Federal tenha um maior controle tanto da legalidade das operações, bem como para verificar possível ganho de capital.

V. A TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA NAS OPERAÇÕES COM CRIPTOMOEDAS

38 Virtual currency Schemes. European Central Bank. October, 2012 <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>.

39 Title 23. Department of financial services. Chapter I. Regulations of the Superintendent of Financial services Part 200. Virtual Currencies. New York State.

O Imposto de Renda é tributo com finalidade marcadamente fiscal e o seu âmbito material de incidência é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda – o produto do capital, do trabalho ou a combinação de ambos – e de proventos de qualquer natureza – acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda⁴⁰.

Apesar disso, é de se destacar que a denominação da receita ou do rendimento não é determinante para a incidência tributária, devendo-se considerar como renda qualquer ganho ou acréscimo de patrimônio que ocorre mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso. Para fins tributários, portanto, a renda é o saldo positivo resultante do confronto entre certas entradas e certas saídas de capital, ocorridas ao longo de um dado período⁴¹.

Assim, para se verificar se alguém auferiu renda, basta que se confrontem os lucros e os gastos declarados pelo contribuinte e, após a apuração, caso haja constatação de incremento patrimonial, conclui-se pelo aumento de sua capacidade contributiva, ocorrendo o fato gerador do tributo em questão.

Além disso, para que haja incidência do imposto de renda, é necessário que haja disponibilidade jurídica ou econômica sobre o recebimento. Em termos mais simples, Cardoso (2008), afirma que a disponibilidade econômica ocorre quando, ao ter determinada renda incorporada ao seu patrimônio, o contribuinte pode utilizá-la, gozar ou dispor dela.

Os criptoativos, cujo valor tende a mudar a todo momento, são bens aptos a gerar incrementos ao patrimônio de seu proprietário, de modo que, para fins de incidência do imposto de renda, deve-se levar em consideração o ganho de capital oriundo das operações realizadas com as moedas virtuais.

Para tanto, Zanuto (2010) elenca que se faz necessário apurar a diferença entre o preço pelo qual o bem ingressou no patrimônio do contribuinte e o preço pelo qual foi posteriormente alienado nas operações analisadas.

Na esfera tributária, estão sujeitas à apuração de ganho de capital as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição. Ao exemplificar tais operações, o Regulamento do Imposto de Renda menciona expressamente compra e venda, permuta, adjudicação,

40 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 332

41 GONÇALVES, José Artur Lima. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 180

desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

Especificamente sobre as operações com criptoativos, a tributação por ganho de capital na maioria das vezes decorre da compra e venda e de permuta. A compra e venda quando há a alienação de criptomoedas, como o bitcoin, por valor monetário, e a permuta quando há uma troca por um bem material.

Não há maiores discussões sobre o ganho de capital quando a operação é de compra e venda, visto que há valor monetário na operação. A simplicidade não é a mesma para as operações de permuta, especialmente quando não há torna (devolução de valor em dinheiro) na transação.

Como posição contrária a tributação de permuta sem torna, o Superior Tribunal de Justiça, no Resp. 1.733.560/SC, entendeu que não há nesta hipótese, na maioria das vezes, auferimento de receita, faturamento ou lucro, confira-se:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. TROCA DE IMÓVEIS. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE LUCRO DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO COM A COMPRA E VENDA. ESFERA TRIBUTÁRIA. EXEGESE CORRETA DO TRIBUNAL DE ORIGEM. FALTA PARCIAL DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 1.022, II, DO CPC.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF.

2. A indicada afronta ao art. 521 do CCom; aos arts. 2º e 3º da Lei 9.718/1998; aos arts. 224, 518 e 519 do Decreto 3.000/1999 não pode ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esses dispositivos legais. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

3. A Corte a quo interpretou corretamente o art. 533 do CC, porquanto **o contrato de troca ou permuta não deverá ser equiparado na esfera tributária ao contrato de compra e venda,**

pois não haverá, na maioria das vezes, auferimento de receita, faturamento ou lucro na troca. Nesse sentido a lição do professor Roque Antônio Carrazza, em seu livro Imposto sobre a Renda, ed. Malheiros, 2ª edição, pag.45, para quem “renda e proventos de qualquer natureza são os acréscimos patrimoniais líquidos ocorridos entre duas datas legalmente predeterminadas.” 4. O dispositivo em comento apenas salienta que as disposições legais referentes à compra e venda se aplicam no que forem compatíveis com a troca no âmbito civil, definindo suas regras gerais. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nessa parte, não provido

(REsp 1733560/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 21/11/2018)

A despeito deste entendimento, claramente se percebe um ganho de capital, com acréscimo patrimonial quando há, respectivamente, a aquisição de uma criptomoeda, esta sofre valorização de seu valor monetário, e posteriormente há a troca por um bem móvel ou imóvel.

Um exemplo seria a aquisição de 1 bitcoin na data de sua criação, que equivaliam a US\$ 0,08 (oito cents), e a sua troca em 2021 por um carro no valor de R\$ 159.811,77 (cento e cinquenta e nove mil oitocentos e onze reais e setenta e sete centavos). Claramente há um acréscimo patrimonial, com disponibilidade financeira a partir da permuta com o carro, de forma que o Imposto de Renda sobre a operação deve ser tributado.

CONCLUSÃO

A dinâmica do mercado implica na necessidade de compatibilização do ordenamento jurídico com operações efetivamente realizadas por pessoas jurídicas ou físicas, que comporte não só as rotineiras transações com moeda, mas também operações virtuais com criptoativos.

A valorização das criptomoedas e a sua extensão na sociedade para realizar diversas operações, implica em uma maior preocupação quanto a possíveis ganhos de capital com as transações, seja ela de compra venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos.

Nesse sentido, mostra-se irrelevante a natureza jurídica das criptomoedas para a finalidade de tributação do Imposto de Renda, bastando-se verificar se há de no caso

concreto um acréscimo patrimonial entre a data de aquisição da criptomoeda e a data da operação, para que haja a correta tributação.

Além disso, devido a descentralização da moeda virtual, é importante o papel do contribuinte em regularmente declarar a aquisição de criptoativos em sua Declaração Anual de Imposto de Renda, nos termos da IN nº 1.888/19, a fim de o Estado fiscalizar não só a evolução patrimonial, como também possíveis atos criminosos, como a lavagem de dinheiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARON, Joshua et al. **National Security Implications of Virtual Currency**. Rand Corporation, 2015.

BORGES, Letícia Menegassi; SILVA, Luiz Gustavo Doles. **O Regime Jurídico Tributário Aplicável às Criptomoedas**. In: ELIJASKEVICIUTE, Addy Mazz; FEITOSA, Raymundo Juliano; SOUZA, Roney José Lemos Rodrigues de. Direito Tributário e Financeiro I. Anais do V Encontro Internacional do CONPEDI. Montevideu, Uruguai. Florianópolis, CONPEDI, 2016.

BRASIL, Secretaria da Receita Federal do. **IMPOSTO SOBRE A RENDA: PERGUNTAS E RESPOSTAS**. Brasília, 2016. p. 447. Disponível em: <<https://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2016/perguntao/irpf2016perguntao.pdf>>. Acessado em: 15 de setembro de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências**. Lei nº 7.713 de 22 de dezembro de 1988. Brasília, DF. Acesso em: 10 de julho de 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários**. Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Brasília, DF. Acesso em 10 de julho de 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Sistema Tributário Nacional**. Lei nº 5.172, de 15 de outubro de 1966. Brasília, DF. Acesso em: 10 de julho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 161123 SP 2018/0248430-4**, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 28/11/2018, Data de Publicação: DJe 05/12/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4697**, Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, DJe 30/03/2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 598572**, Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, DJe 09/08/2016.

CARDOSO, Oscar Valente. **A controversa incidência do imposto de renda sobre juros de mora decorrentes de condenação judicial**. In: Revista Dialética de Direito Tributário, nº 153. Belo Horizonte: Dialética, 2008.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FOBE, Nicole Julie. **O Bitcoin como Moeda Paralela – Uma Visão Econômica e a Multiplicidade de Desdobramentos Jurídicos**. 2016. 122 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da FGV. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

GONÇALVES, José Artur Lima. **Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

Instrução Normativa nº 1.888, de 03 de maio de 2019. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009. MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 332

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PAULSEN, Leandro. **Constituição e código tributário comentados à luz da doutrina e da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RENCK, Renato Romeu. **Imposto de Renda da Pessoa Jurídica/Critério constitucionais de apuração da base de cálculo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2018. Versão eletrônica.

VENTRY JR, Dennis J. **Cooperative tax regulation**. Connecticut Law Review, v. 41, n. 2, dez. 2008.

ZANUTO, José Maria. **Incidência do imposto de renda sobre ganhos de capital resultantes da alienação de bens**. In: Revista dialética de direito tributário, nº 174. Belo Horizonte: Dialética, 2010.

SÚMULA VINCULANTE: A QUESTÃO

ISYS GABRIELA LEITE MARTINS DANTAS:

Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Piauí, Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA, especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Leão Sampaio – Juazeiro do Norte-CE.

Resumo: Dentre as propostas apresentadas para solucionar a denominada crise do Poder Judiciário, sem dúvida alguma, a do efeito vinculante das decisões judiciais, ou simplesmente Súmula Vinculante, vislumbra-se como a mais polêmica. A emenda constitucional nº 45/04 que acrescentou o artigo 103-A ao texto da Lei Excelsa, embora possa contribuir para a redução dos processos que afogam o Poder Judiciário, é gerador de discussões, mormente a grande preocupação por parte dos juristas de que a adoção de tal efeito vinculante amordaçará os juízes de primeira instância, impedindo uma renovação do entendimento jurisprudencial sobre a lei brasileira, o que culminaria a estagnação do Direito Nacional, e ainda acreditam serem afrontados diversos princípios constitucionais, entre eles o da Livre Convicção do Juiz. No entanto, os defensores do referido dispositivo afirmam que a não observância das decisões do Supremo Tribunal enfraquece a força normativa da Constituição, alegam não ser ferido o Princípio da Livre Convicção Judicial e a prerrogativa do juiz dizer o direito conforme a sua consciência, sendo certo que a força vinculante somente incide sobre a interpretação do direito e não sobre a apreciação dos fatos.

Abstract: Amongst the proposals presented to solve the called crisis of the Judiciary, without a doubt, that of the binding effect of judicial decisions, or simply Binding Precedent, is seen as the most controversial. The Constitutional Emendation nº 45/04, which added article 103-A to the text of the Excelsa Law, although it may contribute to the reduction of cases that drown the Judiciary Power, generates discussions, especially the great concern on the part of jurists that the adoption of such binding effect will muzzle the lower court judges, preventing a renewal of the jurisprudential understanding of Brazilian law, which would culminate the stagnation of National Law, and they still believe that various constitutional principles, including the Free Belief of the Judge, are affronted. However, the defenders of the aforementioned provision claim that failure to comply with the decisions of the Supreme Court weakens the normative force of the Constitution, they claim that the Principle of Free Judicial Belief and the prerogative of the judge to say the law according to their conscience, being true that the binding force applies only to the interpretation of the law and not to the assessment of the facts.

Palavras-chaves: Súmula. Vinculante. Excesso. Sistemática

Keywords: Abridgement. Binding. Excess. Syztematics

1. Introdução à questão

A Constituição da República abriu para o cidadão brasileiro um leque de direitos basilares completamente imprescindíveis à viabilização do fenômeno social que “ressurgia”, marcado pela transição de um estrutura de Estado, anteriormente ditatorial, para outra, sensivelmente democrático.

Desta feita, a nova ordem constitucional instaurada representou para a sociedade brasileira uma perspectiva de acesso eficaz a defesa de defesa dos direitos fundamentais, assim o número de demandas judicias cresceu vertiginosamente, de outro lado, o serviço judiciário não se mostrou preparado para atender na mesma proporção os jurisdicionados. E aqui está o cerne da questão.

A crise do judiciário brasileiro tem levantado inúmeros questionamentos a respeito de uma medida suficientemente capaz de contribuir para o desafogamento da máquina judiciária.

E nesse levante de opiniões parte da doutrina e jurisprudência afirma que a atribuição do efeito vinculante às Súmulas e aos Enunciados revela-se importante meio propiciador de um Judiciário mais eficiente e de uma justiça mais célere, para milhares de ações judiciais proposta diariamente no país.

Em seu Dicionário Jurídico, Maria Helena Diniz apresenta o significado de súmula:

*“1. Direito processual. a) Conjunto de teses jurídicas reveladoras de jurisprudência predominantemente no tribunal, traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados (Nelson Nery Jr.); b) resumo de decisão judicial colegiada (Othon Sidou); c) ementa reveladora da orientação jurisprudencial de um tribunal pra casos análogos (Marcus Cláudio Acquaviva); d) ementa de sentenças ou acórdão (De Plácido e Silva); e) tradução de orientação da jurisprudência predominante do tribunal (José de Moura Rocha)...”[sic] (Op. Cit., vocábulo “Súmula”, pág. 463), e mais adiante complementa a definição ao trazer o significado de *súmula da jurisprudência: “Teoria geral do direito e direito processual. 1. Norma consuetudinária que uniformiza a jurisprudência, constituindo fonte de direito, atuando como norma aplicável aos casos que caírem sob sua égide, enquanto não houver norma que os regule ou uma modificação na**

orientação jurisprudencial, já que é suscetível de revisão. 2. Enunciado que resume uma tendência sobre determinada matéria, decidida contínua e reiteradamente pelo tribunal; constitui uma forma de expressão jurídica, por dar certeza a determinada maneira de decidir. 3. Condensação de no mínimo três acórdãos do mesmo tribunal, adotando igual interpretação de preceito jurídico em tese, sem efeito obrigatório, mas apenas persuasivo, publicado com numeração em repertórios oficiais do órgão (Othon Sidou).” [sic](Op. cit., vocábulo “Súmula da Jurisprudência”, pág. 463).

Em assim sendo as vozes mais retumbantes do direito nacional afirmam que “não mais se questiona sobre o efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal”⁴², contudo encontramos correntes que se contrapõem a vinculação e que vêm solenemente repudiando tal questão desde que o projeto de emenda constitucional tramitava no Congresso Nacional.

Uma das pioneiras a tratar com seriedade o tema no direito moderno foi a atual ministra do STF a professora Carmem Lúcia Antunes Rocha que na época escreveu que “a Súmula Vinculante é no Direito o silêncio obsequioso imposto nas religiões sem democracia”.

Vale ressaltar que no período imperial ao tempo da Ordenações Filipinas, era atribuído à Casa de Suplicação de Lisboa o poder de baixar assentos a respeito das interpelações das ditas ordenações, com força vinculante para as relações e os juízes de direito, para estes era cominada pena de suspensão em caso de desobediência.

No Brasil, o Decreto Imperial 2.684 de 23 de outubro de 1875 determinava que os assentos da Casa de Suplicação de Lisboa tomados até a Independência tivessem força de lei no Brasil. Após a independência, conferia ao Supremo Tribunal de Justiça a atribuição de baixar assentos obrigatórios para a inteligência das leis, sendo tais normas abolidas com a República.

Entretanto, já nos “tempos modernos” nos deparamos com o desenvolvimento de estudos para introduzir a súmula (instituto do *commom law*) no nosso ordenamento jurídico (*civil law*), como o do ex-ministro, Victor Nunes Leal, que, em meados de 1963, com o intuito de definir em pequenos enunciados o que o STF vinha decidindo de modo reiterado sobre temas que repetiam constantemente em seus julgamentos, inseriu o

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. Ações Repetitivas e julgamento liminar.

conceito de súmula de jurisprudência. Sua proposta era a de criar, por meio de emenda ao regimento interno, “súmula de jurisprudência dominante do STF”.

Uma medida de natureza regimental a súmula vinculante consistia em especialmente descongestionar os trabalhos do tribunal possibilitando que a ação de seus juízes se tornasse mais célere. Segundo o citado jurista a súmula informaria os magistrados do país e aos advogados qual a orientação da Corte Suprema nas questões mais frequentes. O instituto ressurgido uniformizaria decisões que reiteradamente viam se repetindo em semelhantes julgados. Não teria a súmula qualquer caráter impositivo ou obrigatório, não sendo imutável para o tribunal que a editou ou para as instâncias, segundo o ex-ministro, Victor Nunes Leal, elas poderiam então ser alteradas, conforme a necessidade, por sugestão dos ministros ou das partes, ou ainda, por meio de agravo contra o despacho de arquivamento de recurso extraordinário ou do agravo de instrumento.

Assim, no sistema jurídico brasileiro vigente desde o advento da República, as Súmulas tinham apenas caráter persuasivo e não vinculante, com mera finalidade de conferir estabilidade à jurisprudência dominante, facilitando o julgamento das questões mais frequentes.

Por isso não é difícil encontrar diversos artigos que ao criticarem o “*novo*” dispositivo ousam dizer que “rebatizado de Súmula Vinculante, o velho e rançoso assento regimental, instrumento de caráter autoritário, usurpador da função legislativa, volta a integrar nosso direito”.⁴³

Nesta esteira os contrários a adoção da Súmula Vinculante defendem a tese de que a mesma é incompatível com uma infinidade de Princípios Processuais, e, sobretudo constitucionais, argumentando que não há como se construir ou se promover qualquer inovação na sistemática processual que não se pautem no respeito aos Princípios Constitucionais, haja vista ser a Constituição a expressão máxima do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Na prática, em decorrência de uma tendência constatada dos magistrados em julgar pautando-se na jurisprudência dominante dos tribunais superiores, as súmulas mesmo sem previsão de obrigatoriedade tinham efeito quase vinculante, uma vez que a uniformização da Jurisprudência sempre se conduziu para a busca maior da segurança jurídica e colaborando para a promoção da justiça com a igualdade de decisões em casos semelhantes.

⁴³ RAZUK, Paulo Eduardo. Súmula Vinculante Excessão no sistema romano germânico.

2. A Súmula Vinculante

A emenda constitucional nº 45/04 instituiu assim a Súmula Vinculante com a inserção do art. 103-A à Carta Magna. Vejamos o teor do dispositivo:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Determina ainda a EC nº 45/04 em seu artigo 8º que “as atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”.

Nos termos da emenda foi atribuída privativamente ao Supremo Tribunal Federal a aprovação de Súmula que, depois de publicada, será investida de força vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como em relação à administração pública em todas as esferas, procedendo-se tal adoção por provocação (provocada através da atividade processual em outras esferas) ou de ofício (fruto de atividade espontânea do próprio STF).

Para conferir a citada eficácia vinculante a súmula do pretório excelso, exige o texto constitucional o preenchimento de pressupostos formais – a decisão tomada por, ao menos, dois terços dos membros daquela corte, *quorum* qualificado (oito ministros do STF) – e materiais – consubstanciados na exigência de preexistência de reiteradas decisões no sentido da súmula proposta – bem como se tratar de matéria constitucional.

A Constituição exige que a súmula tenha por objeto a validade, a interpretação ou eficácia de normas determinadas, e que sobre estas haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre estes e a administração pública, há de ser extremamente relevante no momento da criação da súmula. Além disso, a controvérsia deverá ser tal que acarrete grave insegurança jurídica, certamente causando prejuízos diversos, e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, girando em torno da mesma norma constitucional controvertida.

Está previsto igualmente a possibilidade de revisão ou cancelamento das súmulas assim aprovadas. Um meio assecuratório da eficácia da súmula consiste na denominada reclamação, a ser manejada pelo interessado contra decisão judicial ou ato administrativo que desrespeite a súmula –seja não aplicando quando cabível, seja aplicando-a quando incabível.

E recentemente sob aplausos de uns e vaias de outros, entrou em vigor, já no apagar das luzes de 2006, precisamente em 19 de dezembro, publicada no Diário Oficial da União no dia 20 de dezembro, a Lei nº 11.417 que regulamenta o supra citado art. 103-A da CF, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

A lei reproduz os ensinamentos do texto constitucional, quanto à edição da súmula, a matéria que deverá ser exclusivamente constitucional, publicação, validade, interpretação, eficácia e seu característico efeito vinculante em relação aos órgãos judicantes e da administração pública em todas as esferas.

A publicação da súmula deverá ser no prazo de 10 dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar tal enunciado feita em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

Serão legitimados à propositura de súmula, à sua revisão ou cancelamento os legitimados ativos às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, tendo a lei ampliado o rol, como já havia previsto a Magna Carta acrescentando o Defensor Público-Geral da União, e os tribunais Superiores, o Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Assim, poder-se-á classificar os legitimados ativos para propositura de Súmula com efeito vinculante em:

- a) Legitimados universais ou neutros: todos aqueles que atuam na defesa geral dos interesse da Nação, que não precisam demonstrar relação de pertinência objetiva na fixação obrigatória do entendimento jurisprudencial do Pretório Excelso. Esta categoria, no ato da propositura, deverá tão somente, ater-se a demonstração de existência dos requisitos previstos no art. 2º, §1º da Lei nº 11.417/06, para conhecimento do pedido de edição, revisão ou cancelamento, a saber, dano potencial ou efetivo à segurança jurídica e à celeridade processual. São estes o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem das Advogados do Brasil; o Defensor-Público Geral da União; e partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) Legitimados especiais ou sectários: todos aqueles que atuam, na defesa específica de interesses inerentes à determinada categoria ou população restrita à determinada base territorial, necessitando demonstrar, além dos requisitos do art. 2º, § 1º da Lei nº 11.417/06, relação de pertinência objetiva na fixação obrigatória do entendimento sumulado do Pretório Excelso. São estes a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; a mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estados ou do Distrito Federal; e os Tribunais Superiores, o Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Fora os legitimados acima, a lei regulamentadora da súmula vinculante trouxe a possibilidade de formulação de proposta de súmula por parte do município, desde que seja efetuada incidentalmente ao curso de ação em que seja arte, além de comprovação de dano potencial ou efetivo à segurança jurídica e à celeridade processual, bem como da demonstração de pertinência objetiva.

Permite-se a participação de terceiros, denominando-a de manifestação, a teor de seu art. 3º, §2º, *in fine*, da Lei nº 11.17/06. Inicialmente, há que e ter em mente que não se

trata da figura processual da intervenção de terceiros, uma vez que procedimento para edição, revisão ou cancelamento de súmula se trata de procedimento objetivo do pretório excelso, a manifestação de terceiros deve ser limitada, tão somente, à exposição de tese de direito sobre a validade, a interpretação e a eficácia das normas jurídicas confrontadas com o texto constitucional, cuja admissão dependerá de prudente juízo do relator, não havendo que se falar em defesa de interesses subjetivos.

Conforme acontece no procedimento de ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, o Procurador-geral da República quando não houver formulado a proposta da edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante manifestar-se-á previamente.

A norma regulamentadora registra que a eficácia da súmula com efeito vinculante será imediata, podendo a corte suprema, por decisão de 2/3 de seus membros restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público.

Salutar informar que se for revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição da de enunciado do STF de ofício ou por provocação procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

Igualmente, menciona que a decisão judicial ou ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplica-lo indevidamente caberá reclamação ao STF, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação, devendo no que pertine ao ato da administração pública esgotar as vias administrativas para o uso da reclamação, sendo procedente a reclamação o ato administrativo será anulado, e, cassada a decisão judicial impugnada, determinando-se que outra seja proferida.

Por reclamação, nos termos da lei acima mencionada, entende-se o procedimento que objetiva a preservação da competência da Suprema Corte Federal e da Corte Superior de Justiça ou a garantia da autoridade das decisões. Via de regra, é instaurada por ato do membro do Ministério Público ou do próprio interessado, perante o órgão fracionário ou o pleno, conforme o caso, sendo distribuído a um relator que irá requisitar informações ao órgão competente em decêndio legal e ouvido o *parquet*, tão somente nas reclamações não propostas pelo mesmo. Do julgamento por parte do STF poderá resultar, nos termos do art. 161 de seu regimento interno, a avocação do processo em que houve usurpação de competência, ordem de remessa dos autos do recurso para ele interposto; cassação da decisão exorbitante; ou determinação das medidas adequadas para a observância de sua jurisdição. Por fim, cabe ressaltar que, nos casos de a reclamação se fundar em jurisprudência consolidada do Pretório Excelso, é facultado ao relator julgar monocraticamente a reclamação (art. 161, parágrafo único do Regimento Interno do STF).

A norma impõe responsabilidade, tanto na esfera cível, quanto na penal e administrativa para os órgãos da administração pública que não aplicarem a determinação. Entretanto, não há previsão de responsabilidade aos membros do Poder Judiciário, sob pena de estar punindo o juiz por exercer algo inerente a sua profissão, ou seja, a interpretação das leis.

3. A questão problema

A adoção das súmulas de efeito vinculante no sistema jurídico brasileiro tem por base os Princípios da Celeridade e da Economia Processual, em nome da agilização dos processos e da garantia de um processo justo, partindo-se da premissa de que não é racional obrigar as partes suportarem a demora do processo quando há abuso do direito de defesa ou quando parcela da demanda pode ser definida no curso do processo, e tal tempestividade deve ser analisada a partir da utilização racional do tempo do processo pelo réu e pelo juiz. Se o réu tem direito à defesa, não é justo que o seu exercício extrapole os limites do razoável. Da mesma forma, haverá lesão ao direito à tempestividade caso o juiz entregue a prestação jurisdicional em tempo injustificável diante as circunstâncias do processo e da estrutura do órgão jurisdicional.

Assim em nome da necessidade do descongestionamento da máquina jurídica, que como é sabido encontra-se caótica, em virtude da numerosidade de processos a serem julgados, aposta-se na capacidade da súmula reduzir o então comum números de recursos que abarrotam as estantes dos tribunais, evitando especialmente os meramente protelatórios e emperradores de todo o processo.

Em contraponto a natureza vinculante da súmula acarreta inúmeras discussões, os opositores da proposta refutam-na, sobretudo por discordarem dos mecanismos de garantia da vinculação concreta, tendo em vista que acabariam por comprometer a autonomia e a possibilidade de livre formação do convencimento dos juízes, e assim a independência do Poder Judiciário. Preocupação, aliás, inteiramente justificável em razão do progressivo e agigantamento do Executivo.

Conforme o ensaio de Luís Fernando Sgarbossa e Geziela Jensem a respeito da Emenda Constitucional nº 45/04:

Vige em nosso sistema jurídico o Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz, segundo o qual o juiz tem a liberdade para dar a determinado litígio a solução que lhe pareça mais adequada, conforme seu convencimento, dentro dos limites impostos pela lei e pela Constituição, e motivando sua decisão –

fundamentação -. Cabe-lhe, à luz das provas e argumentos colacionados pelas partes – *Persuasão Racional* – decidir a lide.

Os contrários ao dispositivo em tela anotam que está sendo mitigado ou até mesmo suprimido o dever de julgar do juiz, tornando-o um simples autômato para cumprir as normas ditadas pelo grau superior. Rubens Approbato Machado afirma que o Juiz não poderá mais julgar, através de sua livre convicção matéria sumulada, acrescenta que sem julgar, a natural e benfazeja criação e evolução da jurisprudência deixa de existir, não havendo mais nada para ser criado ou modificado, inibindo a livre apreciação dos fatos e do direito postos ao juiz, que segundo as palavras do referido jurista: “Não é mais juiz. É um mero burocrata que passa a desempenhar um papel subalterno de reprodutor de decisões superiores”⁴⁴.

Assim, se protestava que conotar como crime de responsabilidade a interpretação divergente do magistrado de instância inferior é destruir a própria essência do Judiciário, a douta professora mineira e hoje ministra do STF no artigo supra citado apontava que do “crime de hermenêutica para o crime de liberdade é um passo”⁴⁵.

Decerto que a liberdade hermenêutica do julgador constitui verdadeiro corolário ao devido processo legal, constitucionalmente consagrado, jamais se devendo cercear o julgador de lançar mão de todos os métodos interpretativos necessários à solução da lide. Carlos Maximiliano ensina:

A jurisprudência auxilia o trabalho do intérprete: mas não o substitui, nem dispensa. Tem, porém, valor relativo. Deve ser observada quando acorde com a doutrina. Procure-se reduzir os arestos aos princípios jurídicos ao invés de subordinar estes àqueles”.

Alexandre Nery de Oliveira tem pensamento semelhante e interroga para que a servirão os juízes, já que funcionários poderão abrir catálogos de enunciados e marcar, até em formulários padrões, o que se adequem à hipótese.

Outra consequência que se entrever é uma afronta clara ao disposto no artigo 2º da Constituição Federal que salvaguarda a independência entre os poderes da União, haja vista ser atingido o Princípio da Separação dos Poderes, no que tange ao fato do Poder Judiciário estar usurpando a função legislativa, própria de outro poder da União, o que

44 MACHADO, Rubens Approbato. Súmula Vinculante, Revista da Associação Paulista do Ministério Público de São Paulo, Ano I – nº 7 – junho de 1997.

45 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. “Sobre a Súmula Vinculante” (Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, ano XXIX, nº 85, 2º Semestre de 1996)

significa uma desconsideração à tripartição dos poderes e suas atribuições precípua, violando as chamadas limitações constitucionais explícitas, popularmente denominadas cláusulas pétreas.

No magistério de Zuenir de Oliveira Neves⁴⁶:

“Ainda, no contexto da separação das funções, a inserção da Súmula de efeito vinculante cria uma situação, no mínimo, estranha. Permite, em termos práticos, e com muito mais facilidade, o controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos, mas dificulta esse mesmo controle em relação às súmulas do STF, órgão máximo da organização judiciária brasileira, o qual, a medida em que sendo o único constitucionalmente autorizado à emanção de Súmulas com efeito vinculante, obviamente, não admite o controle incidental por parte dos demais órgãos. Seria a instauração do império dos juízes em detrimento do entendimento dos juízos inferiores, da Administração Pública e, principalmente, do Poder constitucionalmente imbuído da função de criar leis?”

Comenta ainda que a violação à concepção tripartite das funções do Estado torna-se patente se notarmos que a Emenda nº 45/04 não chegou a prever a revogação automática do conteúdo normativo da súmula de efeito vinculante pela eventual promulgação de lei que trate do mesmo tema afeto ao precedente, igualmente, a Lei nº 11.417/06 que regulamentou o artigo constitucional não abordou tal assunto.

E neste ponto é feita uma ligação direta com o Princípio da Legalidade, afirmando-se que a garantia constitucional de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” se acha completamente ameaçada, visto que a súmula não terá apenas “força de lei”, mas “força de norma constitucional” somente modificável pelo Poder Legislativo por Emenda Constitucional. Assim o Supremo Tribunal Federal estaria se transformando em verdadeiro “poder constituinte reformador”.

Registre-se, no entanto, que a própria Constituição autoriza, obviamente em determinados e adstritos casos, o Executivo a legislar: é o que ocorre quando o Presidente da República edita uma medida provisória. Do mesmo modo, o texto constitucional autoriza o legislativo a julgar o Presidente da República nos casos de crimes de responsabilidade. Assim, não se pode vislumbrar exagerada relevância no argumento de

⁴⁶ NEVES, Zuenir de Oliveira. Sumarização do processo: o advento da súmula de efeito vinculante em face das garantias constitucionais processuais.

que a súmula vinculante violaria a divisão das funções estatais. De fato, nada impediria, em situações excepcionais e autorizados, que o Judiciário legisse.

Outros princípios que mencionam estarem em vias de lesão é o da Recorribilidade e o do Duplo grau de Jurisdição, pois se entende que a parte tem direito de, uma vez lhe parecendo injusta ou ilegal a decisão, buscar sua anulação ou reforma, ou seja, que lhe seja a pretensão conhecida e julgada por juízo distintos.

Crê-se que se aniquilando está o interesse de interpor um recurso se sabidamente naufrago, mas que, no entanto, se não houvesse tal súmula instituída lhe seria serenamente prolatada decisão favorável, e se mesmo assim ousasse em interpor tal recurso correria o risco de ser condenado por litigância de má-fé, pois mesmo que estribado no voto vencido, declarado na edição da súmula, enquadrar-se-ia perfeitamente na disposição do artigo Art. 17 do Código de Processo Civil, segundo o qual: "reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesas contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;" não olvidando assim da enorme força normativa da súmula.

Ressaltam que o argumento da necessidade da inserção da Súmula Vinculante se deve à quantidade excessiva de recursos não se sustenta, desta feita afirma que os defensores cegos da súmula vinculante estão esquecendo que alguém haverá que controlar o acerto de sua aplicação, e que igualmente teremos os Tribunais agora a verificar milhares e milhares de processos cada qual com a parte se insurgindo contra a aplicação sumular procedida, num exame que passa a ser de mérito e não de cunho processual, a permitir, assim que o STF continue com a carga excessiva para julgar, embora sem mais o relevo de discutir teses novas, mas meras confirmações do que antes julgado.

Esforçam-se em demonstrar que os tribunais não terão diminuídos seus trabalhos, apenas alterada a forma de insurgências das partes irredimidas, ao invés de recursos ou agravos, os tribunais passarão a examinar reclamações originárias, a dispensar inclusive o crivo primeiro de admissibilidade perpetrado pelos Presidentes do Tribunais das decisões impugnadas.

Algo que é extremamente intrigante para seus opositores é o critério subjetivo levado em consideração para se admitir a identidade fático-jurídica entre os precedentes que originaram a súmula e o caso *sub judice*. Portanto, a aplicação de jurisprudência, sumulada ou não, a determinado caso pressupõe, inexoravelmente, a identidade no plano dos fatos, bem como do direito. Ausente algum desses pressupostos, torna-se ilegítima e inconstitucional a pretendida aplicação. E da mesma forma paira no ar para eles o número de decisões que serão qualificadas como reiteradas, indubitavelmente dotadas de uniformidade e essencial identidade de fundo – fático-jurídica.

Data Vênia, as opiniões de ilustres, e até mesmo anônimos estudiosos do direito que se mostram terminantemente contrários à adoção da súmula vinculante (muito embora todas bem fundamentadas), compreendemos que o dispositivo aqui vergastado, que sempre se propôs a conferir racionalidade e celeridade à prestação jurisdicional, é uma solução mais que razoável e viável para criar a possibilidade de uma definição célere de processo.

4. A solidez da questão

Destarte a inflamada resistência à Súmula Vinculante soa como uma força reacionária à inovação processual, assim como uma lamentável rebeldia, uma vez que é realmente despropositado que juízos e tribunais inferiores ao STF continuem julgando contrariamente ao julgado em abstrato pela corte suprema no resultado da mais expressão de sua qualidade de Corte Constitucional.

E como a palavra de ordem é a efetividade da tutela jurisdicional, produzida logo, dentro de uma segurança jurídica, revestida de qualidade na prestação dos serviços, dado o princípio da eficiência que deve reger fundamentalmente todos os poderes da União, haverá de figurar no cenário da consecução desses objetivos os efeitos vinculantes das súmulas dos órgãos de cúpula.

Ao adentrarmos na questão da segurança jurídica nos deparamos com uma pequena dificuldade, posto que dos milhares de processos submetidos à apreciação das cortes superiores, grande parte veiculam matérias incessantemente discutidas donde já se extraiu uma solução, muitas vezes até sumulada, no entanto os posicionamentos uniformizados não são de observância obrigatória o que impossibilita os tribunais ad quem a delimitarem suas atribuições constitucionais e com eficiência e prontidão solverem as demandas.

Devemos aceitar e adequar-se ao fato, e é natural que assim seja, de que a unidade de entendimento deva ser garantida nacionalmente, mormente por sermos uma união federativa, pelo órgão que tem competência para tato.

E ao analisarmos a teoria das súmulas do sistema brasileiro rebatemos as ideias de esdrúxulas comparações com o *stare decisis* norte americano. Insta salientar que no caso dos Estados Unidos que adota o sistema consuetudinário com produção legislativa escassa, é admitido a subsunção de um julgado emanado de qualquer órgão judiciário para qualquer outro, ou seja, o magistrado que recebe o case, verificada a especificidade, a ele se vincula, existindo a possibilidade de uma decisão de qualquer que seja, mesmo advinda de um tribunal de igual nível hierárquico ou grau inferior tenha mais valor do que o convencimento a ser esposado em outro julgamento.

O direito sumular como se quer ver impulsionado o Brasil, nada tem a haver, portanto com o stare decisis do Commum law, pois se trata de um ajuntamento de reiteradas decisões, sendo as súmulas um processo final de formação de uma construção jurisprudencial que ganha relevância no seio de um órgão judiciário hierarquicamente inferior, nada mais que um instrumento de respeito à estrutura hierárquica do Poder Judiciário, e não de limitação ao subsídio de convencimento do magistrado.

Deste modo podemos concluir que acima de tudo a cautela e a racionalidade podem determinar o “x” da questão. Certo que é dever do órgão judicante ser criterioso na aplicação da súmula – vinculante ou não – realizando meticulosa verificação da identidade ou similitude entre o acaso concreto e o preceituado por aquela. Ausente tal identidade de fundo entre os pressupostos fático-jurídico da súmula e os do caso sub-judice impõem-se a sua não aplicação.

O que igualmente se vislumbra impressionante é a insubordinação da própria administração pública aos julgados nos quais sucumbe, mormente aqueles resultantes de ações individuais e coletivas em série, nos quais a Administração Pública, em geral é ré. Manifesta o Estado (sentido lato) a todo instante sua recusa às decisões colegiadas, através de recursos contra matéria já pacificada pelos tribunais, muitas vezes pelo puro espírito de emulação, em que estão cristalinamente e constitucionalmente comprovados os direitos das pessoas físicas.

Ao discursar na abertura do ano legislativo no dia 02 de fevereiro de 2007, a ministra Presidenta do STF Ellen Gracie, afirmou que a Lei nº 11.417/06, que estabeleceu a súmula vinculante, “terá reflexos de profunda repercussão no modo como a sociedade, os poderes de Estado e o próprio judiciário se relacionam com o ordenamento jurídico em sua interpretação última”.

Segundo ela, ao aplicar o efeito vinculante por meio de súmula, o Supremo Tribunal Federal pacifica a discussão nos juízos inferiores, e todos os agentes públicos deverão respeitar a interpretação fixada, evitando-se o surgimento de novas ações. Assim, as causas de massa, que tenham por núcleo uma mesma questão de direito, ficarão definidas, se já ajuizadas, ou serão estancadas na instância inicial.

Ademais, como destacou Evandro Lins e Silva, a Constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é. Não pode, assim, um magistrado de instância inferior discordar da decisão prolatada pelo STF. E isso se dá por uma razão muito simples: trata-se de uma decisão da instância máxima do Poder Judiciário de nosso país, a qual, por força do disposto no art. 102, caput, da CF, compete precipuamente a guarda da Constituição.

5. A nova sistemática processual

Como já vastamente mencionado acima, o Judiciário passa por um momento de crise quanto à sua verdadeira legitimidade. A jurisdição moderna está em crise. A lentidão dos processos, a morosidade da Justiça e a ineficácia de muitos provimentos judiciais estão conduzindo os jurisdicionados a uma verdadeira descrença no Poder Judiciário. Percebeu-se, a disparidade existente entre a estrutura do Judiciário e os avanços sociais, a necessidade de ser realizada uma mudança mais abrupta, com a reforma não apenas da legislação infraconstitucional, mas do próprio texto constitucional. Tal tarefa foi realizada pelo constituinte derivado que elaborou a emenda constitucional 45, como já mencionado supra, a qual foi promulgada em 08.12.2004.

A reforma do judiciário se propôs a essencialmente dar mais efetividade a prestação jurisdicional, tendo como tônica a ostensiva insatisfação dos jurisdicionados, quanto ao processo judicial. A morosidade dos processos, que chegam ao lapso temporal de 5,10,15 anos, implica verdadeira denegação da justiça. É nesse contexto, portanto, que devem ser buscadas as premissas hermenêuticas da emenda da reforma do judiciário.

As reformas vêm atingir substancialmente a população, os jurisdicionados; e a proposta daquela é constituir um processo mais participativo, uma justiça acessível a todos os grupos sociais e desburocratizada, imprimindo ao máximo a ideia de que o direito trilhará novos caminhos.

É recorrente a ideia de que a possibilidade de serem impetrados os mais diversos tipos de recursos, no processo civil, é a principal causa da morosidade da justiça, assim os trabalhos realizados pela Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça foram no sentido de transformações acentuadas no sistema recursal, tanto em sede constitucional, como infraconstitucional, tornando o mais homogêneo, célere e eficaz o processo judicial.

Nesta linha, posteriormente a EC 45, foram promulgadas algumas leis que tendem implementar a nova processualística civil. A exposição de motivos do projeto de lei da Câmara nº 72/2005, promulgada como nº 11.187/2005, que dá nova redação aos artigos 522, 523 e 527 do CPC/1973, destaca o intuito de se imprimir celeridade aos processos, realçando-se o trecho a seguir:

“(…) Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa (…)

Manifestações de entidades representativas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados

Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acorde em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da lei de juizados especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão (...)

A preocupação com a celeridade se materializa, nesta Lei, através da limitação do cabimento do recurso de agravo de instrumento, passando a ser regra geral de impugnação de decisões interlocutórias, o agravo retido.

Igualmente a Lei 11.276/05 que passou a vigor a partir de maio de 2006 trouxe dentre outras providências, a instituição da súmula impeditiva de recursos, a norma modificou a redação dos artigos 504, 506, 515, e 518 do Código de Processo Civil. A exposição de motivos do projeto de lei é praticamente igual à lei anteriormente citada (Lei 11.187/2005), utilizando como justificativa precípua a busca pela celeridade processual, a ser atingida através da "redução do número excessivo de impugnações sem possibilidades de êxito", o que se efetivaria em decorrência da nova redação do art. 518 do CPC, uma das grandes inovações do dispositivo legal.

O art. 518, § 1º fala que o recurso de apelação não deve ser recebido quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal, a norma não diz que o juiz está obrigado a decidir de acordo com a súmula, é uma opção, mas não pode admitir o recurso de apelação caso decida em conformidade com a súmula, havendo uma ressalva para a decisão obrigatória de conformidade com a súmula vinculante do STF, por força da previsão legal. Conforme já analisado acima.

A unidade que se orienta na uniformização da jurisprudência por vinculação a preceitos gerais e abstratos de origem judicial compreende o direito como um sistema normativo, formalmente fechado e lógico-dedutivamente estruturado, e assim capaz de oferecer as premissas normativas a partir das quais, conjugadas às premissas de fato, a jurisprudência aplicaria silogisticamente aquele direito, pressuposto e integralmente pré-determinado em abstrato, eliminando divergências e garantindo a identidade das decisões sempre que equivalessem as premissas relativas ao fatos.

Aqui fazemos um aparte para lembramos os Princípios da Razoabilidade onde as medidas adotadas serão aquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse coletivo, sem exageros, usando sempre a lógica, a razão, a ponderação, utilizando-se da proporcionalidade entre os meios e os fins que se deseja alcançar, bem como o princípio da Eficiência caracterizado pela obtenção do melhor resultado como uso racional dos

meios, logo a edição de súmulas com efeito vinculante evidentemente perpassará pela obediência aos referidos princípios.

E assim buscando a previsibilidade e a segurança do sistema processual foi ainda sancionada a Lei nº 11.277 de 7 de Fevereiro de 2006 que acresceu o art 285-A ao Código de Processo Civil, o mesmo preconiza que quando a matéria for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e preferida a sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Nos dizeres de Marinoni⁴⁷ “tal instituto busca eliminar a possibilidade da propositura de ações que objetivem pronunciamentos sobre tema pacificados em decisões reiteradas do próprio juízo de primeiro grau ou dos tribunais em “casos idênticos””.

É absolutamente racional que um processo que verse sobre matéria de direito e o juiz já tenha firmado posição em processo anterior seja desde logo encerrado, evitando maiores gastos de energia, e até mesmo monetários para se obter uma decisão em um “caso idêntico” ao já solucionado. Representando o “processo repetitivo” um formalismo desnecessário, pois tramita somente para autorizar o juiz a expedir a decisão cujo conteúdo já foi definido no primeiro processo.

E por último se juntou aos trabalhos realizados no processo de Reforma do Judiciário a Lei 11.417/2006 que regulamentou o art. 103-A da CF, tratando especificamente da Súmula Vinculante.

O secretário da Reforma do Judiciário, Pierpaolo Bottini acredita que a súmula vinculante vai resolver de maneira definitiva os casos repetitivos que correm na Justiça, o mesmo afirma que “hoje, temos um excesso de demandas no Judiciário brasileiro de casos idênticos e absolutamente repetitivos”.

Para o secretário, a aplicação da súmula deve desafogar o Judiciário e facilitar o trabalho do STF. O trabalho dos ministros poderá chegar ao ideal em que cada um deles seja responsável por, no máximo, mil processos ao ano. Atualmente cada ministro julga cerca de 10 mil processos.

Concluir a reforma constitucional e fazer a reforma infraconstitucional do Judiciário são duas das sugestões apresentadas como prioritárias pelo Congresso Nacional de Justiça (CNJ) ao Congresso Nacional. As recomendações estão em relatório de atividades do Conselho, entregue ao Congresso no dia 2 de fevereiro pela presidente do CNJ e do

6 Obra citada acima

Supremo Tribunal Federal, a ministra Ellen Gracie. A finalidade das recomendações, segundo o relatório do CNJ, "é a modernização normativa para que o Judiciário seja uma instituição mais eficiente e menos morosa, observados o devido processo legal e as garantias constitucionais individuais e coletivas".

O relatório do CNJ aponta como prioritário para a Justiça brasileira os investimentos nos juizados especiais, a implantação da Justiça de Conciliação e do processo virtual e a busca de soluções para a ineficiência administrativa e o anacronismo organizacional, entre outros pontos.

O relatório apresenta, ainda, as estatísticas do Conselho, desde sua instalação, em 14 de junho de 2005, até 31 de dezembro de 2006. "Cumprido ressaltar que o volume de processos em 2006 aumentou 334,10% em relação ao ano de 2005", diz o texto apresentado pela ministra Ellen Gracie. A média mensal de processos recebidos no período foi de 180, enquanto a média de processos baixados foi de 120. Analisando-se todo o período desde a instalação do CNJ, a produtividade média de processos baixados em relação aos processos recebidos foi de 55,47%.

Para argumentarmos um pouco mais não podemos esquecer que entre as grandes mudanças que a Emenda Constitucional 45 trouxe, uma delas foi o seguinte dispositivo do art. 5º: "LXXVIII - todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Neste diapasão a celeridade no trâmite dos processos é princípio explícito na Constituição. Por isso, deve ser conjugada com a independência dos poderes, contraditório e acesso ao judiciário. Acreditamos plenamente que a Súmula Vinculante tem elementos para concretizar a celeridade processual sem desrespeitar qualquer princípio da Constituição. Ao acelerar o julgamento dos processos repetitivos e eliminar a proliferação do mesmo, transformará o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro guardião da Constituição brasileira e os juízes em instrumentos de pacificação social.

Da maneira como está redigida a Emenda Constitucional nº 45, nenhuma matéria será sumulada sem antes passar por todas as instâncias do judiciário brasileiro.

Ora, se, somente após reiteradas decisões em matéria constitucional, o STF poderá editar uma Súmula, sabendo que uma matéria constitucional, em regra, só alcança o STF após esgotados todos os recursos nas instâncias inferiores, seria impossível a imposição de uma Súmula por vontade unilateral do Supremo.

O temor de criação de súmulas genéricas com características de lei está afastado pelo simples fato de que a súmula terá como objetivo interpretação de normas

determinadas, o que impossibilitará o conflito de atribuições entre o judiciário e o legislativo.

Enfim, conforme afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence:

“O efeito vinculante teve o grande valor de realizar a isonomia, às vezes contra o cidadão, muitas vezes a favor do cidadão desamado, desinformado de seus direitos e sem capacidade para postular perante uma jurisdição cara e, sobretudo, tão demorada. Certo é que, muitas vezes e em certas conjunturas, o controle difuso amplo parece ser mais democrático, mais é ilusório porque, no final das contas, apenas vais expor o usuário a uma das duas possibilidades: ou a correr por anos as vias da jurisdição originária até chegar à solução já prevista, e já imposta erga omnes, ou, o que é pior, ficar pelo caminho entre uma perda de prazo no preclusão de um recurso, enfim, entre acidentes processuais.”

E assim compreendo que o direito é um sistema, não podemos nos opor ao novo harmônico, promissor e já positivado ramo que as normas processuais estão trilhando após as grandes inovações contemporâneas, restando claro que, em especial o instituto da súmula vinculante, que é o objeto deste estudo, é de uma relevância ímpar, e resumidamente tem como função garantir o respeito à segurança jurídica e a celeridade processual, tendo, ainda, como por corolário, a missão de resgatar a credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade.

Finalizamos trazendo à guisa de ilustração comentários inseridos em um trabalho semelhante realizado por uma academia de direito da UNIFOR⁴⁸, no qual traz uma pesquisa de opinião com magistrados sobre a aceitação da súmula vinculante, onde contatamos que em sua maioria os magistrados, em especial os estaduais e federais, mesmo com certo receio colocaram-se visivelmente contrários à efetivação da medida. Ressalvam ainda, que o que não poderia acontecer era que fossem editadas súmulas, que não resultassem de um amadurecimento jurídico suficiente.

A pesquisa supramencionada foi realizada por meio de entrevistas, de forma presencial, e de aplicação de questionários abertos, perguntando de forma sucinta as diversas opiniões sobre os pontos mais importantes implementados pela Reforma do

⁴⁸ ALBUQUERQUE, Anely Mota. A Magistratura do Estado do Ceará em face da Súmula vinculante.

Judiciário. Foram, também, questionados, na visão dos participantes enquanto operadores do Direito, sobre quais pontos deveriam ainda ser abordados na Reforma do Judiciário.

6. Considerações Finais

Ante o exposto, cumpre-nos concluir que o efeito vinculante se propôs a eliminar ou ao menos amenizar a crise na demanda judiciária, e os infundáveis processos, que se arrastam por anos nos Tribunais, notadamente àqueles que tratam exclusivamente de questão de direito, proporcionando uma justiça mais rápida, justa e satisfatória, dando um caráter uno ao sistema jurídico brasileiro, mormente a força normativa da Constituição.

Em verdade a assertiva de que a introdução da Súmula Vinculante solucionará o excesso de serviço judiciário ainda é duvidosa, nos dizeres de Paulo de Tarso, Juiz do Estado do Pernambuco:

“Quando à redução do serviço judiciário, só o tempo vai dizer, pois o sistema processual, conforme resta montado no Brasil, é retroalimentável, ou seja, no caso em espécie, poderão surgir muitas reclamações remetidas diretamente ao STF, com a alegação de descumprimento de súmula, assoberbando ainda mais a Corte Máxima de Justiça. ”

Decerto o tempo irá construir uma justiça mais próxima daquela que os cidadãos brasileiros esperam, e as inúmeras tentativas tanto políticas, legislativas e jurídicas terão sua parcela de contribuição no empreendimento denominado “pacificação dos conflitos”.

Assim, esperamos que os dispositivos introduzidos pela reforma, particularmente a Súmula com Efeito Vinculante, resultado de uniformização de jurisprudência, justamente fundamentada e norteadas pela observância aos princípios constitucionais, imprima uma perspectiva de segurança jurídica com medidas efetivas no processo brasileiro e na consequente solução das demandas judiciais.

7. Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Anely Mota. A Magistratura do Estado do Ceará em face da Súmula vinculante.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Breves considerações sobre as mudanças do sistema revursal, implementadas pelas leis nº 11.187/2005 e 11.276/2006. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 1077, 13 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8523>. Acesso em 24 fev. 2007.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1998.

_____. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Senado, 1973.

DAWSON, Jonh P. As funções do juiz. In: BERMAN, Harold (Org.) **Aspectos do Direito Americano**, Rio de Janeiro, Forense, 1963.

DIAS, Marcus Gil Barbosa. Controle de constitucionalidade e política judiciária: evolução histórica das súmulas no Supremo Tribunal Federal. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 11, n. 1276, 12 des. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9268> Acesso em: 10 jan. 2007.

DINIZ, Maria Helene. Compêndio de introdução à ciência do Direito. 12º ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

HERTEL, Daniel Robero. Aspectos processuais da Emenda Constitucional nº 45. **Jus Navegandi**, Teresina ano 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7192>. Acesso em 10 jan. 2006.

IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual; www.direitoprocessual.org.br.

LEI Nº11.417/06. Brasília, DF, Senado, 2006.

MACHADO, Rubens Approbato. Advogado, ex-presidente do Instituto dos Advogados de SP, ex-secretário de Justiça e Cidadania, conselheiro e diretor da OAB -SP *in* Súmula Vinculante, Revista da Associação Paulista do Ministério Público de São Paulo, Ano I – nº 7 – junho de 1997. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARINONI, LUIZ Guilherme. Professor titular de Direito Processual Civil da UFPR *in* Ações Repetitivas e Julgamento Liminar.

NEVES, Zuenir de Oliveira. A Sumarização do processo: o advento da súmula de efeito vinculante em face das garantias constitucionais processuais: **Jus Navegandi**. Teresina 10. n. 1084, 20 jan. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8552> Acesso em 29 dez. 2006.

OLIVEIRA, Alexandres Nery de. Reforma do Judiciário (I): Efeito Obstativo versus Efeito Vinculante. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 1, n. 12, maio 1997. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=214> Acesso em: 24 fev. 2007.

Paulotarso@luta.pelajustica.nom.br. Acesso em: 29 dez. 2006

RAZUK, PULO Eduardo. Desembargador do TJSP *in* Súmula Vinculante Excrescência no sistema jurídico romanos germânico. Disponível em <http://conjur.estdas.com.br>. Acesso em: 10 jan. 2007.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. "Sobre a Súmula Vinculante" *in* Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, ano XXIX, nº. 85, 2º semestre de 1996.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. A Emenda Constitucional nº 45/04, a súmula vinculante e o livre convencimento motivado do magistrado. Um breve ensaio sobre hipóteses de inaplicabilidade. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 9, n. 708, 12 jun. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6884> Acesso em: 08 fev. 2007.

STF; <http://stf.gov.br/> (Notícias). Acesso em: 03 fev. 2007.

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS AO INDICIADO DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL

WATTILA TEODORO DA SILVA:

Graduando em Direito, Servidor Público no Tribunal de Justiça do Amazonas.

RESUMO: O Direito Processual Penal é o direito instrumental utilizado pelo Estado para apuração de uma infração penal com o objetivo de aplicar o direito material (Direito Penal) ao caso concreto, consistindo em um conjunto de regras jurídicas que trazem as normas e ritos processuais, do cometimento do crime até a sua sanção (punição), haja vista ninguém poder ser processado e julgado sem o devido processo legal. Dentro desse contexto, a persecução penal prevê uma fase preliminar ao processo penal para que sejam colecionados os indícios da autoria e demonstrada a materialidade do crime, por meio do Inquérito Policial, ferramenta jurídica responsável pela compilação dos indícios comprobatórios que justifiquem a propositura de ação penal, de forma justa e razoável. Sendo assim, em conformidade com as disposições constitucionais trazidas pela Carta Magna de 1998, devem ser respeitados, neste processo, em todas as suas etapas, os direitos e garantias fundamentais assegurados ao cidadão, com vista à preservação da dignidade humana e observância aos direitos do homem. Diante deste cenário, o presente estudo pretende efetuar leitura detida dos vários aspectos do Inquérito Policial, com ênfase na explanação dos direitos e garantias constitucionais do investigado. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, no âmbito jurídico, empregando-se o método dedutivo, tomando por base os seguintes recursos: legislação específica, doutrina, jurisprudência dos tribunais superiores, além da apreciação de artigos publicados em periódicos, acórdãos de tribunais, manuais jurídicos e textos oriundos da Internet, no intuito de fomentar uma reflexão efetiva acerca das informações colhidas das fontes de pesquisa.

Palavras-chave: Direitos. Garantias Fundamentais. Indiciado. Inquérito Policial.

ABSTRACT: Criminal Procedural Law is the instrumental right used by the State to determine a criminal offense in order to apply the material law (Criminal Law) to the specific case, consisting of a set of legal rules that bring the procedural rules and rites, of the commission of the crime until its sanction (punishment), since no one can be prosecuted and tried without due legal process. Within this context, the criminal prosecution provides for a preliminary phase to the criminal process so that the evidence of authorship can be collected and the materiality of the crime is demonstrated, through the Police Inquiry, a legal tool responsible for compiling the supporting evidence that justifies the filing of a criminal action. , fairly and reasonably. Therefore, in accordance with the constitutional

provisions brought by the Magna Carta of 1998, the fundamental rights and guarantees guaranteed to the citizen must be respected, in all its stages, with a view to the preservation of human dignity and observance of the rights of the citizen. men. Given this scenario, the present study intends to read carefully the various aspects of the Police Inquiry, with an emphasis on explaining the investigator's constitutional rights and guarantees. For this purpose, a bibliographic search was used, in the legal scope, using the deductive method, based on the following resources: specific legislation, doctrine, jurisprudence of the higher courts, in addition to the appreciation of articles published in journals, court judgments, legal manuals and texts from the Internet, in order to foster an effective reflection on the information collected from the research sources.

Keywords: Rights. Fundamental Warranties. Indicted. Police Inquiry.

1 INTRODUÇÃO

Na esfera da normatividade ideal da Constituição Federal de 1988, o Sistema Penal Brasileiro é baseado no modelo acusatório, porém, devido à realidade adversa de baixa cultura constitucional que marca o cenário processual penal em vigor, o que se verifica é um sistema de cunho inquisitivo, ou como preferem os corifeus da corrente majoritária, um sistema misto, marcado pela integralização de elementos dos dois sistemas básicos, o acusatório e o inquisitivo.

Em conformidade com os termos previstos na aludida Carta Política, uma das prerrogativas basilares do cidadão e, portanto, dever da máquina estatal, é a tutela da segurança pública, a ser desenvolvida e instituída por meio da implantação e promoção de políticas públicas e da prestação adequada, eficiente e eficaz dos serviços que lhes são concernentes. Na prática, esse dever é materializado mediante a obrigação de o Estado, dada a constatação do acontecimento de um suposto fato delituoso, dar início à *persecutio criminis* para apurar, processar e, enfim, fazer valer o direito de punir, resolvendo as lides e aplicando a legislação ao evento tangível.

A tutela da segurança pública, a ser exercida visando à sustentação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através da ação conjunta da polícia federal, da polícia rodoviária federal, da polícia ferroviária federal, das polícias civis, das polícias militares e corpos de bombeiros militares, além da promoção de políticas públicas e da prestação adequada dos serviços que lhes são concernentes.

A Lei Máxima, de 1988, estabeleceu, ainda, nos incisos subsequentes ao artigo 144, as competências dos órgãos supracitados, designando, como regra, às Polícias Federal e Civil, a incumbência para a apuração de infrações penais e a execução das funções de polícia judiciária, e delegando às Polícias Militares, o policiamento ostensivo e a salvaguarda da ordem pública.

Nesta senda, a investigação criminal surge como ferramenta de averiguação do cometimento de uma infração penal, na figura do Inquérito Policial, que consiste em um conjunto de procedimentos realizados pela polícia judiciária, com o propósito de verificar a materialidade e os indícios de autoria das infrações penais, no intuito de consubstanciar a atuação do Ministério Público na propositura da ação penal.

Por sua vez, a propositura da ação penal pelo Ministério Público depende, tacitamente, do provimento de elementos mínimos atribuídos à autoria e à materialidade do delito, para subsidiar a *opinio delicti* do Ministério Público, incluindo-se, ainda, motivação, ou não, da ação penal pública e o embasamento para o recebimento da denúncia e concessão de medidas cautelares pelo juiz, além de também, servir para embasar a queixa-crime da vítima nos crimes de ação privada ou ação penal subsidiária.

Entretanto, por estar inserido em cultura marcada pelo punitivismo, não são raros os abusos cometidos contra a pessoa do indiciado, contrariando as determinações legais vigentes, de que tal etapa não deve incidir em uma punibilidade em si, levando em conta o direito à presunção de inocência, onde ninguém será considerado culpado sem sentença condenatória transitada em julgado.

Diante desse cenário, este estudo tem por desígnio abordar os direitos constitucionais que o indiciado possui, sopesando que a devida investigação criminal pressupõe que o Estado, através de seus agentes, respeite os postulados constitucionais e os direitos individuais, em especial a dignidade humana, princípio indispensável a um Estado de Democrático de Direito como é o Brasil.

Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de natureza qualitativa, realizada através de livros, artigos acadêmicos, periódicos e sites especializados bem como legislação correlata, tratando da doutrina e da jurisprudência pátria relacionadas aos direitos e garantias constitucionais do indiciado quais sejam: igualdade perante a lei, a legalidade, proibição de tortura e tratamento degradante ou desumano, o devido processo legal, das medidas de supressão de liberdade, o direito ao silêncio e a assistência jurídica.

2 O PROCESSO PERSECUTÓRIO E O INQUÉRITO POLICIAL

2.1 O processo persecutório penal no ordenamento jurídico brasileiro: considerações iniciais

A persecução criminal, segundo o doutrinador Tourinho Filho (2012), consiste na atividade de investigar o fato contrário à norma penal e pedir, em juízo, o julgamento da pretensão punitiva, podendo, segundo as considerações deste mesmo autor, ser

classificada em dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Enquanto a ação penal formula o pedido de julgamento da pretensão punitiva, a investigação exprime-se na atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo

Em virtude dos imperativos que lhe foram constitucionalmente conferidos pela Carta Magna de 1988, o Ministério Público consagrou-se enquanto instituição imutável, essencial à função jurisdicional do Estado, responsável à preservação da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, estando, pois, sob o prisma dos interesses sociais e individuais indisponíveis, compelido compulsoriamente a agir, sempre que presentes as condições legalmente estabelecidas, figurando como o titular da ação penal, nos termos do art. 129, inciso I, da Carta de Outubro.

Sendo assim, em observância ao princípio da obrigatoriedade da ação penal (também conhecido como princípio da legalidade, da oficialidade, da necessidade ou indisponibilidade), o Parquet vê-se obrigado a oferecer a denúncia, dando início ao processo penal, assim que tomar conhecimento de uma conduta típica, antijurídica e agente culpável, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade (OLIVEIRA, 2017).

Desta forma, por meio do Ministério Público, o Estado assume a titularidade da persecução criminal em juízo, sem que haja o comprometimento da imparcialidade e da inércia jurisdicional, de modo que as três funções do processo penal (defender, acusar e julgar) são entregues a sujeitos distintos. Neste sentido, tem-se que o processo penal é, simultaneamente, instrumento de repressão penal e também uma ferramenta de autolimitação do *jus puniendi* estatal (OLIVEIRA, 2017).

Também ministrando acerca do tema em comento, Renato Brasileiro de Lima pondera que:

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominada de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal (LIMA, 2016, p. 229).

Isso significa que o Ministério Público está obrigado a oferecer a ação penal sempre que houver recebido notícia de crime e não existam obstáculos que o impeça de atuar, sendo-lhe imputado o dever de promover a ação penal, fundamentado na ideia latina *nec delicta maneant impunita*, ou seja, nenhum crime deve ficar impune.

Considerando que, por intermédio do Ministério Público, o Estado assume a titularidade da persecução criminal em juízo, sem que haja o comprometimento da imparcialidade e da inércia jurisdicional, de modo que as três funções do processo penal (defender, acusar e julgar) são entregues a sujeitos distintos, tem-se que o processo penal é, simultaneamente, instrumento de repressão penal e também uma ferramenta de autolimitação do *jus puniendi estatal*.

Portanto, o Processo Penal funciona em um Estado Democrático de Direito não apenas como instrumento repressor e punitivo do cometimento de infrações penais, mas como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado.

Nas palavras de Frederico Marques:

O processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça. No processo penal, então, em que as formas processuais se destinam a garantir direitos imediatamente tutelados pela Constituição, das diretrizes políticas desta é que partem os postulados informadores da legislação e da sistematização doutrinária. Com razão afirmou Goldschmidt que a estrutura do processo penal de uma nação indica a força de seus elementos autoritários e liberais (MARQUES, 2009, p. 111)

Dentro desta perspectiva, o sistema acusatório é o que melhor encontra respaldo em uma democracia, pois distingue perfeitamente as três funções precípuas em uma ação penal, a saber: o julgador, o acusador e a defesa. Tais sujeitos processuais devem estar absolutamente separados (no que diz respeito às respectivas atribuições e competência), de forma que o julgador não acuse, nem defenda (preservando a sua necessária e inafastável imparcialidade), o acusador não julgue e o defensor cumpra a sua missão constitucional de exercer a chamada defesa técnica.

Nesse sentido, o legislador brasileiro diferenciou o inquérito policial (IP ou IPL) de qualquer outro procedimento administrativo, prevendo-o normativamente no Código de Processo Penal (CPP), delimitando o campo de atuação da polícia judiciária e do Ministério Público, tendo em vista assegurar ao cidadão a quem se imputa, em tese, a prática de uma infração penal, a garantia de que será investigado apenas pelo órgão estatal incumbido de tal mister, qual seja, a polícia (SOUZA; CABRAL, 2013).

Isto porque o delegado de polícia, nas esferas federal e estadual, com os conhecimentos adquiridos com a sua formação superior em direito, pauta seu trabalho na busca pela verdade real, princípio norteador do direito processual penal pátrio. Com isso, a fase investigativa, formalizada por meio do inquérito policial, é uma garantia para o cidadão, considerando-se, como já asseverado, que a autoridade policial, ao contrário do Ministério Público, não é – e nem será – parte na futura e eventual ação penal.

Assim, resta consolidado que as atividades de polícia judiciária são exercidas constitucionalmente pelas autoridades policiais, ou seja, delegados de polícia, que é a autoridade policial responsável pela condução das investigações policiais, formalizadas por meio de inquéritos policiais e termos circunstanciados de ocorrência.

Entretanto, impende destacar que, o Delegado de Polícia, na condição de presidente dos inquéritos policiais, detém significativa parcela de poder estatal, decidindo, todavia, nos limites impostos pela Constituição e pela legislação em vigor, pois, embora tenha ampla discricionariedade na condução da investigação, não pode agir de forma arbitrária.

2.2 Do Inquérito Policial

A CF de 1988, no caput de seu artigo sexto, instituiu a segurança como um direito social e, por conseguinte, direito de segunda dimensão, que exige do Poder Público uma atuação positiva, execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres (COMPARATO, 2010)

. Tal conceito foi ampliado mais à frente, no mesmo diploma legal, em seu artigo 144, destinado à segurança pública, onde foram, também, elencados os órgãos incumbidos de zelar pela incolumidade dos cidadãos, assim como suas respectivas atribuições, conforme se aduz do texto transcrito abaixo:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

(BRASIL, 1988)

Verifica-se, assim, que a segurança pública é tida constitucionalmente, como um dever tácito do Estado e um direito do cidadão, a fim de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas, por meio da atuação dos órgãos elencados no referido dispositivo, juntamente com suas atribuições.

Para os efeitos deste estudo, serão analisadas as responsabilidades da polícia judiciária, exercida pela Polícia Civil, através da atuação dos delegados de polícia de carreira, a prevenção e a investigação de infrações penais civis, excetuando-se as infrações militares ou de competência da Justiça Federal, que são atribuídas a órgãos específicos.

Verifica-se, assim, que o Estado exerce seu poder de polícia judiciário, por intermédio da atuação bem delimitada dos órgãos citados no artigo 144 da CF/88, fundamentada na repressão da atividade criminal através da instrução policial criminal e da captura dos infratores da lei penal, tendo como traço característico o cunho repressivo e ostensivo, aliado à investigação criminal, representada por organismos sociais cuja função, por excelência, é a apuração da materialidade e autoria das infrações penais, mediante a instauração e prosseguimento do Inquérito Policial, enquanto elemento consubstanciador da ação penal.

Em conformidade com as acepções do doutrinador Paulo Rangel o Inquérito Policial pode ser definido da seguinte maneira:

(...) conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios – *delicta facti permanentis*) de uma infração penal, dando 10 ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal. (RANGEL, 2011, pág.329)

Nesse mesmo sentido, Capez afirma que a finalidade do inquérito policial é “a apuração de fato que configure infração penal e a respectiva autoria para servir de base à ação penal ou às providências cautelares”. (CAPEZ, 2012)

Destarte, o inquérito policial pode ser entendido, em linhas gerais, como o procedimento preparatório da ação penal, presidido por Delegado de Polícia de carreira (CF, art. 144, § 4º), que visa reunir elementos acerca de uma infração penal (materialidade

e autoria), mediante um conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária, para que, futuramente, o titular da ação penal possa ingressar em Juízo, objetivando a aplicação da lei ao caso concreto.

É no Inquérito Policial que são obtidas as provas mais importantes, recolhidas nos locais dos crimes, através de interceptações telefônicas e/ou escutas ambientais judicialmente autorizadas, acompanhamentos, buscas e apreensões ou garimpadas em atividades de inteligência policial, é de suma importância que sejam observados os direitos e garantias fundamentais do investigado, com vistas à plena observância do princípio da dignidade humana, enquanto um dos principais fundamentos constitucionais basilares de um Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Lima, para que se possa dar início a um processo criminal contra alguém, faz-se necessária a “presença de um lastro probatório mínimo apontando no sentido da prática de uma infração penal e da probabilidade de o acusado ser o seu autor” (LIMA, 2016, p.113).

Por isso, o Inquérito Policial é tão importante, pois as informações ali colhidas terão grande importância na hora da elaboração da propositura da ação penal. Além do que já foi dito anteriormente, acerca de não incriminar alguém com o mínimo de provas possíveis.

O Inquérito Policial tem um caráter discricionário, de costume que os fatos relatados devem descrever nitidamente como foi originado o possível ilícito penal, reunindo fundamentos jurídicos suficientes para que a ação penal possa ser requerida. Além disso, é um procedimento instrumental e informativo, como disposto nos artigos 9º e 13 do CPP:

Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

(...)

Art.13. Incumbirá ainda à autoridade policial:

I - fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos;

II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

III - cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias;

IV - representar acerca da prisão preventiva. (BRASIL, 1941)

Consiste-se, portanto, de um procedimento policial administrativo, previsto no Código Processual Penal Brasileiro como procedimento investigativo da polícia judiciária brasileira pelo qual a autoridade policial busca a verdade real de um fato supostamente criminoso, cujo qual tem a finalidade de reunir elementos necessários (provas) à apuração de uma prática de uma infração penal e sua autoria, servindo, ainda, como um filtro depurador de acusações infundadas, que podem ocasionar prejuízos irreparáveis ao acusado, bem como gerar processos ineficientes.

A instauração desse procedimento ocorre a partir da determinação do Ministério Público, da Magistratura, do próprio Delegado de Polícia, de ofício por meio de uma portaria, ou a requerimento da parte interessada, ostentando a discricionariedade necessária para indeferir as diligências requeridas pela vítima ou pelo investigado, ao mesmo tempo em que, apesar de ter a liberdade de agir para apurar os fatos, está obrigado a agir dentro dos limites legais (SANTOS, 2014).

Por se caracterizar como uma peça inquisitiva, o Delegado de Polícia reúne todo o poder de direção desta fase pré-processual. Portanto, ele investiga, indaga e pesquisa com o objetivo de esclarecer em que circunstâncias aquele delito teria acontecido, não cabendo contraditório, nem ampla defesa, pois só existe uma mera investigação em curso, não existindo uma acusação formal (SANTOS, 2014).

No entanto, importa mencionar que, ao longo da história do Direito, o processo penal, assim como o Direito Penal, sofreu influência da ideologia da época, razão pela qual tanto as opressões quanto as liberdades fizeram parte do cenário político/jurídico e a investigação criminal ganhou várias formas com diferentes regras ao investigado, mas sempre com o intuito de obter dados sobre a materialidade e autoria do crime. A investigação apresentou características próprias de acordo com o sistema processual vigente à época (LOPES JR., 2014).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Inquérito Policial deve ser visto sob o prisma garantista, que o defenda de deturpações históricas, minimize as distorções da discricionariedade estatal e o sustente como instrumento de realização dos direitos fundamentais do indivíduo (GUIMARÃES, 2011). Assim, além de ser dirigido à apuração da infração penal, objetivando apontar sua autoria e materialidade, passa a ter destaque sua função garantidora, em que investigação criminal é feita, exatamente, para que se possam assegurar todos os direitos constitucionais do investigado, já que, em uma democracia, ninguém pode ser acusado sem provas, e o inquérito policial é exatamente esse suporte de que se serve o Estado para proteger o indivíduo, para fundamentar a acusação e, ainda, para evitar imputações apressadas e equivocadas.

2.3 O indiciamento policial

O indiciamento é um ato privativo da autoridade policial que poderá ser feito a qualquer momento durante o curso do inquérito policial, por meio de um despacho oficial e fundamentado, ou no relatório final do inquérito policial. Em relação a fundamentação, não pode ser feito com base em meras suspeitas e deve estar calcado em forte indícios de autoria e materialidade. “O indiciamento consiste no ato formal de se atribuir a autoria de uma infração penal típica, antijurídica e culpável a uma pessoa determinada” (ZANOTTI, SANTOS, 2013, pg. 161) O indiciado é, portanto, a pessoa eleita pela investigação do Estado (Polícia), dentro da sua convicção como autora da infração penal.

Na relação processual, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, o acusado enquanto transcorre a investigação é chamado de indiciado, sendo apontado como suspeito pelo Estado que tem entre suas tarefas essenciais a regulamentação da conduta dos cidadãos, a fim de tornar a vida em sociedade mais harmônica. No momento do oferecimento da denúncia é correto aquele a quem é imputado uma conduta delituosa de denunciado ou imputado. Após o oferecimento da Denúncia então ele será chamado de réu (GARBIN, 2012).

Em outras palavras, George Raposo (2017, p. 01) conceitua investigado como sendo:

[...] aquele em relação ao qual há frágeis indícios, ou seja, há um mero juízo de possibilidade de autoria. Por isso é comum ouvir da polícia que há uma lista de suspeitos. Isso quer dizer que há várias pessoas que poderiam cometer o crime e que devem ser investigados. Não há realmente nada concreto contra o suspeito. Significa dizer, portanto, que quanto ao investigado há apenas a possibilidade de ter cometido o fato delituoso.

Assim, apenas no momento em que a Polícia Judiciária conseguir reunir provas suficientes contra o sujeito, poderá contribuir para que haja uma acusação formal, de forma que o indiciamento somente será caracterizado quando ocorrer a imputação a alguém, no inquérito policial, da prática do ilícito penal, sempre que houver razoáveis indícios de autoria (CASTELLO 2012).

Todavia, vale destacar que a presença de indícios de autoria e materialize do crime não significa culpabilidade nem tampouco condenação, não podendo, portanto, o indiciado ser tido como mero objeto de investigação, mas um sujeito de detentor de direitos e deveres. Dessa forma, em razão do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, que permeia toda a atuação estatal, deve o delegado de polícia analisar a todo momento a constitucionalidade e a legalidade dos atos que foram praticados e que serão praticados no curso do inquérito policial (ZANOTTI, SANTOS, 2013).

Nesse sentido, a manutenção de um indiciamento policial que não mais se sustenta em qualquer fundamentação legal, acarretaria, entre outras consequências, a prática do constrangimento ilegal pela autoridade policial e a violação de direitos fundamentais, uma vez que a Constituição Federal assegura, em seu artigo 5º, inciso LXI, que a liberdade do indiciado somente será restringida em duas ocasiões: se for preso em flagrante ou por ordem escrita fundamentada por autoridade judiciária.

Em outras palavras, o indiciado somente poderá ser preso preventivamente, sob o fundamento de manutenção da ordem pública e da ordem econômica, bem como a aplicação da lei penal, conforme art. 311 do CPP ou em flagrante, se for pego cometendo o delito, ou portando objetos utilizados na cena do crime, como previsto no arts. 301 e 302 do CPP.

3. UMA ABORDAGEM SOBRE OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INDICIADO

Ao longo das décadas, no cenário jurídico-brasileiro, a perspectiva do suspeito durante a investigação criminal foi sendo modificada. Antes havia uma visão inquisitória em que o investigado recebia o tratamento de mero objeto da investigação. Contudo, atualmente, o entendimento consolidado é o de que o investigado deve ser considerado sujeito de direitos, inclusive na fase inicial da persecução penal, o que garante direitos como o de ampla defesa e ao contraditório. Conforme os ensinamentos de Marta Saad:

É usual encontrar na doutrina a afirmação de que o indivíduo envolvido nos trabalhos investigatórios e instrutórios realizados no curso do inquérito policial, é, tão-só, objeto de investigação, tornando-se sujeito de direitos apenas na segunda fase da persecução penal. (...) Em verdade, o envolvido em inquérito policial deve ser reconhecido como sujeito ou titular de direitos, sujeito do procedimento e não apenas sujeito ao procedimento, verdadeiro 'titular de direito que dentro dele exerce'. O indivíduo é, aliás, sujeito e titular de direitos sempre, não importa em que estágio o procedimento se encontre. Os direitos e garantias constitucionais não têm limites especiais e nem obedecem a procedimentos, simplesmente devem ser obedecidos sempre (SAAD, 2004, p, 205-206)

Evidencia-se, assim, que o sujeito, ora investigado, não deixa de possuir direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, mesmo durante a fase pré-processual. Todavia, deve ser reconhecido que o suspeito pode ser fonte de prova e objeto de atos

instrutórios, mesmo não lhe retirando a titularidade de direitos indisponíveis e inerentes à personalidade, oponíveis em quaisquer circunstâncias.

Ademais, importa mencionar que, no inquérito Policial, tenha sido ele instaurado por portaria ou em razão de auto de prisão em flagrante, o investigado tem a primeira oportunidade de defesa ao ser interrogado pela autoridade policial. Nessa fase investigatória, o inquérito policial é, como entende largamente a doutrina, um procedimento administrativo e, como tal, não se coaduna com o consagrado princípio constitucional do contraditório.

Entretanto, muito embora o indiciado durante o processo de indiciamento não possa se utilizar do contraditório e ampla defesa, não significa que ele seja um objeto sem direitos ou garantias constitucionais, de modo que ainda lhe restam direitos como: ficar em silêncio, não ser submetido a meios vexatórios ou torturas (integridade física ameaçada), se tais forem violados cabe ao sujeito ativo que cometeu ser punido penalmente.

Desse modo, em se tratando de procedimentos inquisitivos instaurados no plano da investigação policial, existem uma série de direitos titularizados pelo indiciado, que simplesmente não podem ser ignorados pelo Estado, incluído o devido processo legal; das medidas de supressão de liberdade; ao silêncio e assistência jurídica.

Com efeito, a investigação preliminar é o ponto de partida para uma persecução penal bem sucedida, que atenda ao interesse da sociedade de elucidar crimes sem abrir mão do respeito aos direitos mais comecinhos dos investigados, onde a persecução penal deve caminhar lado a lado com a franquia de liberdades públicas do cidadão, humanizando-se a função punitiva do Estado.

3.1 Direito à igualdade processual

A isonomia perante a lei, nos temos previstos no art. ° da CF/88, significa que todos são iguais perante à lei, sem distinção qualquer de natureza. Logo, todos os indivíduos devem ter as mesmas condições e oportunidades nas ações, sem sofrer nenhum tipo de desigualdade ou discriminação por parte das autoridades, incluindo-se aqueles que se encontram sob processo investigativo.

O doutrinador Fernando Capez afirma que os investigados “devem ter as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratados igualmente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades” (CAPEZ, 2012, p. 111).

Assim, o indiciado não pode ser tratado de maneira desigual frente a lei. Afinal, ele será responsabilizado somente se o fato foi querido, aceito ou previsível, não basta que o

fato seja materialmente causado, tendo em vista que a inocência é uma posição social de todo e qualquer cidadão brasileiro, até que haja o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória. Este estado não poderá ser modificado, sendo garantido constitucionalmente.

3.2 Direito à presunção de inocência

Além de ser um princípio, conforme se verá no momento oportuno, a presunção de inocência é consagrada como um direito do Homem, conforme enuncia o artigo 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e o artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi pela primeira vez consagrado em texto constitucional, com a Constituição de 1988 (TOURINHO FILHO, 2012, p. 63), que estabelece em seu artigo 5º, LVII que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Consiste, assim, o referido princípio no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório) (LIMA, 2013).

É oportuno dizer que a observância deste princípio durante a investigação criminal é de suma importância, pois, segundo Renato Brasileiro, deste princípio deriva duas regras fundamentais, quais sejam: a regra probatória e a regra de tratamento.

Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência, *mutatis mutandis* regra é perfeitamente aplicável à fase de investigação, ao passo que, quanto a regra de tratamento, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito como se este fosse culpado.

É importante salientar que o princípio ora estudado não proíbe a prisão temporária do investigado, decretada para assegurar o sucesso de alguma diligência imprescindível para as investigações, conforme dispõe a lei 7.960/89.

Fica claro que para que alguém seja considerado culpado e submetido ao cumprimento de uma pena, antes deve ocorrer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, antes disso, nenhuma pena pode ser imposta antecipadamente, pois a prisão antecipada se justifica como providência exclusivamente cautelar, valer dizer, para impedir que a instrução criminal seja perturbada ou então, para assegurar a efetivação da penal (TOURINHO FILHO, 2012).

Dessa forma, a inocência é a regra geral, e havendo qualquer dúvida em relação à autoria ou materialidade do delito, permanece o indivíduo inocente, ou seja, é necessária a devida comprovação. A responsabilidade criminal precisa ser comprovada de forma que não reste dúvidas acerca da autoria (BRASIL, 2017a)

3.3 Direito ao devido processo legal

O devido processo legal é a garantia de que ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, isto é, respeitado todas as formalidades previstas em lei.

No âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas (MENDES, 2018, p. 597).

Devido processo legal é o reservatório de princípios constitucionais, expressos e implícitos, que limitam a ação dos Poderes Públicos. [...] Mais do que um princípio, o devido processo legal é um sobreprincípio, ou seja, fundamento sobre o qual todos os demais direitos fundamentais repousam (BULOS, 2018, p. 396).

Encontra-se amparado pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, como um direito fundamental. 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: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...] (BRASIL, 1988)

Destarte, há duas perspectivas quanto à efetividade do princípio: a restrição a quaisquer direitos sem a instauração de um processo se faz inadmissível; e a adequação do processo, que deve assegurar igualdade entre as partes, o contraditório e a ampla defesa. A importância no processo penal uma vez que, o bem jurídico tutelado ameaçado é a liberdade, o segundo direito fundamental mais importante.

3.4 Direito a permanecer em silêncio

Na instrução do inquérito civil, o membro do Ministério Público, para esclarecimento do fato objeto da investigação, tem o dever-poder de colher todas as provas permitidas pelo ordenamento jurídico (artigo 6º da Resolução 1.928-PGJ/MPPR, de 25 de setembro de 2008), tais como a juntada de documentos, requisição de informações, oitivas de testemunhas, realização de inspeções e perícias e, ainda, a colheita do depoimento pessoal do investigado.

Especificamente em relação à tomada do depoimento pessoal dos investigados, acontece em alguns casos de o investigado, antes de iniciar o seu depoimento ou no curso dele, passar a se recusar a responder perguntas a respeito dos fatos objeto do inquérito civil, principalmente, em situações em que possam resultar em sua responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa (URBANO & CHIODELL).

O fundamento jurídico invocado pelo investigado para se calar ou se recusar a responder sobre alguns pontos específicos, por decisão dele ou por orientação de advogado, é o direito constitucional de permanecer calado, conforme previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Carta Política de 1988 (URBANO & CHIODELL, 2017)

O direito ao silêncio também encontra previsão no art. 186 do Código de Processo Penal, também estabelece que a pessoa apontada como autora do crime investigado poderá permanecer calada, conforme, e, conseqüentemente, não responder as perguntas proferidas pela Autoridade Policial ou Judiciária. Este direito deve ser comunicado ao indiciado em seu interrogatório, pela Autoridade Policial, a fim de evitar a autoincriminação.

Além disso, ele não pode ser punido pelo crime de falso testemunho, caso venha relatar fatos falsos em seu interrogatório, já que ninguém é obrigado a produzir prova contra si.

Na mesma perspectiva, Alexandre de Moraes (2003, p. 400) defende que cabe ao acusado “não só o direito ao silêncio puro, mas também o direito de prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio”.

3.5 Direito à assistência jurídica

A lei 13.245/16, que altera o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil surge com o intuito de garantir a concretização de princípios e valores constitucionais, assegurando ao investigado a ampliação de seu direito de defesa na fase de investigação criminal preliminar.

Desse modo, ao ampliar os direitos do advogado, a referida lei estendeu, também, os direitos do indiciado, no que concerne ao seu direito de defesa na fase de investigação criminal preliminar. Essa garantia já era prevista na Constituição Federal, art. 5º, LXIII “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 2016), de maneira que o dispositivo reforçou garantias constitucionais no principal instrumento de apuração de infrações penais do ordenamento jurídico brasileiro, que é o inquérito policial, o qual passa

a ser fortemente marcado pelo direito de defesa, revelando uma preocupação do legislador em tornar o sistema penal mais democrático e pautado em valores constitucionais.

Verifica-se, assim, que a Lei Nº 13.245/16 acaba por possibilitar a incidência do contraditório e da ampla defesa na fase de inquérito policial, ainda que não seja um contraditório em sua noção plena e sim um contraditório na medida do possível que não venha a atrapalhar a investigação preliminar.

Portanto, a Nº Lei 13.245/16 é uma tentativa de uma maior democratização durante as etapas inerentes às investigações criminais, considerando que permite maior participação do advogado nessa fase procedimental, garantindo, por consequência, ao investigado, à fruição de seus direitos constitucionais, bem como proporcionando acesso à informação e a possibilidade de definitivamente influenciar o resultado do inquérito.

3.6 Vedação à tortura e ao tratamento degradante

Segundo o Ministério dos Direitos Humanos, a tortura é uma ação criminosa que possui múltiplas dimensões, sendo que pela visão da vítima, essa ação causa danos ao corpo e impões consequências físicas e psicológicas a ela. Já para o Estado, trata-se de falha, da manifestação de um período democrático de valores autoritários, sendo a época em que não havia preocupação com os Direitos Humanos. Sua prática decorre de longas datas, configurando-se como prática cruel e desumana, sendo por este motivo combatida através de diversas normas de âmbito nacional e internacional (ANDRADE, 2013).

A Constituição Federal, de 1988, por sua vez, estabelece em seu artigo 5º, inciso III, onde discorre que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; ademais, diz que a lei considerará delitos inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem (BRASIL, 1988).

Além das normas acima citadas, há ainda a Lei Nº 9.455 de 07 de abril de 1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências, de forma que em seu artigo 1º preceitua que constitui tal delito:

- a) Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o intuito de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceiros; para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; em razão de discriminação racial ou religiosa;
- b) Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico

ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo (BRASIL, 1997).

Sendo assim, embora seja inadmissível na sociedade atual, não se pode julgar ser impossível a utilização desta prática nas fases investigativas, no objetivo de obter a confissão do suspeito, o indiciado encontra-se amparado contra essa forma de violência em diversos diplomas legais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que os princípios sempre marcam a ciência jurídica. Isto se justifica pelo fato de que se fundam em premissas éticas extraídas do material legislativo, funcionando como um foco de luz, capaz de iluminar e orienta o interprete da lei, ajudando, assim, na expansão lógica do direito.

Como não poderia deixar de ser, o processo penal, assim como as demais ciências jurídicas, também é regido por vários princípios, a fim de que seja amparada a tutela dos direitos e interesses do acusado, especialmente sob o prisma das disposições constitucionais acerca dos direitos sociais individuais.

No entanto, por mais que a fase investigativa criminal se configure um ato puramente burocrático e protocolar, a prática no sistema de justiça criminal evidencia que os direitos constitucionais do interrogado muitas vezes não são esclarecidos propositalmente ou por falha técnica da autoridade policial, reflexo de anos de desvalorização das formalidades processuais e certo apego por um modelo inquisitorial de investigação.

Contudo, na execução de tal finalidade, o Estado não pode reduzir o indivíduo à condição de objeto, de meio na execução de seu fim, privando-lhe de direitos e garantias sob o pretexto da realização do interesse público. Daí fundamentar-se o nosso Estado no respeito a dignidade da pessoa humana. Somente por esse argumento sua prática não poderia ser admissível.

É imprescindível, portanto, que todos saibam seus direitos em face das situações acima mencionadas, de modo a evitar arbitrariedades incompatíveis com um estado democrático de direito ou, infelizmente não incomum, a responsabilização criminal de pessoas inocentes.

Dentre as garantias constitucionais que são nitidamente ligadas às atividades de investigação criminal, temos a previsão do Art. 5º, I da Constituição Federal, que dispõem sobre o princípio da igualdade, ou isonomia. A regra constitucional, que superando o

conceito clássico da igualdade formal que pretende a igualdade absoluta entre todos os indivíduos, pretende estabelecer uma igualdade material, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades.

Um outro importante direito, que, muitas vezes, é negligenciado aos interrogados, é a garantia ao silêncio, o qual decorre da presunção de inocência absoluta e inafastável daqueles que são acusados da prática de eventual crime. Consoante referida garantia, o interrogado pode optar por não responder às perguntas formuladas pelo Delegado de polícia, permanecendo em silêncio durante a integralidade do interrogatório. Importante ressaltar que a opção por permanecer em silêncio jamais poderá ser utilizado em desfavor do acusado, tampouco ser contestada pela autoridade policial.

A vedação à tortura e ao tratamento degradante, também é outro direito constitucionalmente assegurado durante o Inquérito Policial. No entanto, infeliz e invariavelmente, no decorrer de toda a história da humanidade, a investigação criminal se viu vinculada à prática de torturas físicas e psicológicas como meios para obtenção e produção de provas, tanto em sede investigativa quanto em sede processual, sendo incompatível com a vigência de um Estado Democrático de Direito.

Por fim, há que se atestar o óbvio: abusos físicos ou psicológicos são inadmissíveis durante, anteriormente ou após o interrogatório policial, passíveis, caso ocorram, de responsabilização criminal dos agentes envolvidos, além de configurar manifesta nulidade do ato. Constitui obrigação da autoridade policial, para tanto, garantir a dignidade, os direitos da personalidade e a intimidade da pessoa a ser interrogada, em observância fiel à Constituição e as inúmeras convenções, pactos internacionais e tratados aos quais o Brasil é signatário.

Desse modo, ainda que esteja sendo alvo de processo investigativo, o sujeito não perde a titularidade de seus deveres e garantias constitucionais, somente por ser considerado suspeito de determinada infração penal, fazendo jus ao devido processo legal e à igualdade processual, ao silêncio e à sua integridade física, além de ter acesso à assistência jurídica e à presunção de inocência, não podendo, pois, ser visto, apenas, como mero instrumento processual, em detrimento de sua personalidade civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Jaqueline Gerônimo de Amorim. **Crime de tortura: tipificação no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26019/crime-de-tortura-tipificacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5790**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 2017b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?Incidente=5283027>. Acesso em: 01 abr. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book. Acesso Restrito via Minha Biblioteca.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais**. Revista Consultor Jurídico, 14 de julho de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>. Acesso em: 03 abr. 2021.

GUIMARÃES, Johnny Wilson Batista. **Análise garantista do indiciamento no inquérito policial**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, Nº 2882, 23 maio de 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19166>. Acesso em: 2 abr. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Penal**. Volume 1. 3º Atualização. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book. Acesso Restrito via Minha Biblioteca.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. **O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro.** Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 49, p. 237-262 – jan./jun. 2017.

OLIVEIRA, Lhuana da Silva. **Direitos e garantias fundamentais do investigado durante a investigação criminal.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55384/direitos-e-garantias-fundamentais-do-investigado-durante-a-investigao-criminal>. Acesso em: 01 abr 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 18^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial.** Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

SANTOS Bárbara Rabelo dos. **Direitos e garantias do indiciado na fase de investigação criminal.** (2014). Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

SOUZA, Rafael Pinto Marques de; CABRAL, Bruno Fontenele. **Manual prático de polícia judiciária.** Salvador: Jus Podivm, 2013.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. **Processo Penal.** 34^o Edição. Saraiva, 2012.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. **Delegado de polícia em ação: teoria e prática.** Salvador: JusPodivm, 2013, p. 161-168; p. 241-244.

A DIVISÃO DE DESPESAS CONDOMINIAIS E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA: RATEIO POR FRAÇÃO IDEAL OU POR UNIDADE CONDOMINIAL?

ESTER CAROLYNE DA SILVA REIS:
Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário Una.

GUSTAVO JÚNIO MORAES DE AQUINO⁴⁹

(coautor)

MARCO ANTÔNIO DELMONDES KUMAIRA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho discorre sobre as modalidades de divisão das despesas condominiais previstas no Código Civil Brasileiro, tema amplamente discutido na atualidade, e sobre o conceito jurídico de enriquecimento sem causa, buscando concluir se é correto o seu rateio por fração ideal ou de maneira igualitária, por unidade condominial. Para tanto, foram buscadas respostas aos questionamentos por meio da consulta de obras doutrinárias e decisões jurisprudenciais. Com a pesquisa, concluiu-se que o cálculo deverá ser realizado conforme o estabelecido na convenção condominial, mas idealmente, a cobrança deveria contemplar a divisão igualitária das despesas ordinárias e divisão das despesas extraordinárias na proporção da fração ideal.

Palavras-chave: despesas condominiais, enriquecimento ilícito, divisão igualitária, fração ideal.

ABSTRACT: The present work discusses the division modalities of condominium expenses provided by the Brazilian Civil Code, a theme that is widely discussed nowadays, and the legal concept of profiteering, seeking to conclude whether it is correct to apportion it by ideal fraction or equally, by condominium unit. To do so, the answers to the questions were sought through the consultation of legal literature and case law decisions. With the research, it was concluded that the calculation should be carried out according to the established in the condominium declaration, but ideally, the collection should include the equal division of ordinary expenses and the division of extraordinary expenses proportionally to the ideal fraction.

⁴⁹ empresário, estudante de direito, graduado em Engenharia de Software pelo Centro Universitário Una, pós graduado em Gestão Estratégica de Processo de Negócios pela PUC-MG e em Gestão de Negócios com Ênfase em Finanças pela Fundação Dom Cabral.

Keywords: condominium expenses, profiteering, equal share, ideal fraction.

1. INTRODUÇÃO

O adensamento das populações nas grandes cidades brasileiras reforçou a explosão de condomínios horizontais como forma de moradia de várias famílias brasileiras, assim entendidos como aqueles em que propriedade é exercida por mais de um dono, que se organizam e convivem compartilhando espaços, despesas e demais necessidades do dia a dia.

Por consequência, com mais pessoas morando no mesmo local, vários são os conflitos que decorrem desta convivência. Um deles, amplamente discutido na atualidade, é a forma correta de rateio de despesas comuns para aqueles que habitam esses condomínios.

A ideia de rateio de despesas passa pela conta simples de tomar o valor dispendido e dividi-lo com quem o gastou, em sua correspondente proporção. Partindo deste pressuposto, delinearam-se diversos objetivos da pesquisa. O primeiro é o de abordar a polêmica e cada vez mais discutida forma correta da fixação da cobrança das despesas de condomínios edilícios residenciais, seja pela fração ideal, seja pela forma igualitária.

Esta última vem sendo defendida entre os proprietários de unidades com metragem maior e que, pela forma de cálculo pela fração ideal, acabam por assumir uma despesa maior que os demais. Esta questão causa um impacto direto na vida dos condôminos, uma vez que influi diretamente na questão financeira e gera debates cada vez mais acalorados.

Os objetivos específicos, por sua vez, focam na compreensão do perfil das contas que são rateadas nos condomínios, na análise sobre a melhor forma de divisão das despesas e não pelo tamanho das unidades, na crítica sobre a divisão atual com apontamento das falhas, na verificação do impacto da alteração da forma de cobrança, na identificação das possíveis soluções para problemas atuais e na verificação sobre como os tribunais tratam a questão, no âmbito do direito condominial aplicado.

A escolha do tema justifica-se pelo incômodo e insatisfação testemunhados em diversos condomínios, por todo o país, e o impacto que a alteração dos dispositivos legais atualmente em vigor geraria na administração e cobrança de taxas, mais especificamente quando se aplica a forma direta de divisão do pagamento das despesas pelos condôminos.

Como base científica, este trabalho contou com uma vasta pesquisa bibliográfica, recorrendo, também, a textos de internet, ao Código Civil vigente (e, comparativamente, ao seu antecessor), a estudos de grandes doutrinadores na área do direito condominial, à análise de ações ajuizadas por condôminos que solicitam a alteração da cobrança, àqueles

que defendem a manutenção desta como forma de rateio, à leitura e ao estudo do Projeto de Lei nº 5.252, que tratou especificamente do rateio de despesas por divisão igualitária, bem como à leitura de convenções de condomínio que criam formas distintas de rateio, buscando atender as demandas dos dois polos desta discussão.

Seria o tamanho da unidade condominial o principal modo de medir as despesas que gera? É correto afirmar que quem tem mais espaço, gasta mais? E quando nos deparamos com dados individualizados, como ficaria este rateio?

É com a intenção de encontrar respostas para estes questionamentos que este trabalho será desenvolvido e pretende demonstrar o caminho defendido, qual seja, a aplicação da convenção sobre a forma de rateio das despesas.

2. CONDOMÍNIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. Código Civil (Análise das leis nº 4.591/94 e Código Civil de 2002 na formação dos condomínios)

Segundo Cristina B. Schlemper Vendruscolo, "ter-se-á condomínio quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma das partes"⁵⁰.

Historicamente, observa-se que primeira regulamentação de condomínios decorre do Decreto Lei nº 5.481, de 25 de junho de 1928. Ressalta-se que, antes desta data, não havia legislação específica para este tipo de construção.

O tempo passou e as necessidades foram tantas que, em 16 de dezembro de 1964, promulgou-se a primeira lei específica para tratar deste tipo de empreendimento: a Lei nº 4.591/64. Em seu texto, esta trazia inovações e regulamentava a divisão das despesas conforme o tamanho das unidades condominiais. Além disso, dispunha expressamente sobre a necessidade de documento que contemplasse todas as normas e as regras de criação do condomínio edilício, antes de sua implementação.

Já em 10 de janeiro de 2002, entrava em vigor a Lei nº 10.406 (Código Civil Brasileiro), revogando todas diversas disposições anteriores, mas mantendo, entretanto, os acertos trazidos pela Lei nº 4.591/64. Costuma-se dizer, no meio jurídico, que a Lei nº

50

Disponível

em:

<<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17851/material/CONDOM%20C%3%8D%20NIO%20NO%20C%3%93DIGO%20CIVIL.pdf>>. Acesso em 05/03/2021.

poderá fazer na parede, muro, vala, cerca ou qualquer outra obra divisória (BRASIL, 2002).

O condomínio voluntário, por sua vez, é entendido como aquele que decorre do acordo de vontade dos condôminos e nasce de negócio jurídico bilateral ou plurilateral, com exercício da autonomia privada.

Sobre esta modalidade, ensina Maria Helena Diniz (2012 *apud* VENDRUSCOLO, p. 1):

Concede-se a cada consorte uma quota ideal qualitativamente igual da coisa e não uma parcela material desta; por conseguinte, todos os condôminos têm direitos qualitativamente iguais sobre a totalidade do bem, sofrendo limitação na proporção quantitativa em que concorre com os outros companheiros na titularidade sobre o conjunto⁵².

Sua administração está disposta nos artigos 1323, 1324 e 1325 do Código Civil, a seguir transcritos:

Art. 1.323. Deliberando a maioria sobre a administração da coisa comum, escolherá o administrador, que poderá ser estranho ao condomínio; resolvendo alugá-la, preferir-se-á, em condições iguais, o condômino ao que não o é.

Art. 1.324. O condômino que administrar sem oposição dos outros presume-se representante comum.

Art. 1.325. A maioria será calculada pelo valor dos quinhões.

§ 1º As deliberações serão obrigatórias, sendo tomadas por maioria absoluta.

§ 2º Não sendo possível alcançar maioria absoluta, decidirá o juiz, a requerimento de qualquer condômino, ouvidos os outros.

§ 3º Havendo dúvida quanto ao valor do quinhão, será este avaliado judicialmente. (BRASIL, 2002).

Entende-se o condomínio de lotes como uma modalidade do condomínio edilício. Portanto, em havendo comunhão *pro diviso*, há verdadeiro condomínio sobre as áreas comuns e propriedade exclusiva sobre as unidades autônomas, que no caso, são os lotes. Quanto a esta modalidade, Maria Helena Diniz (2012 *apud* VENDRUSCOLO, p. 6) explica que:

é uma espécie condominial relativa aos locais de lazer, pela qual há um aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento), repartido, como ensina GUSTAVO TEPEDINO, em unidades fixas de tempo, assegurando a cada cotitular o seu uso exclusivo e perpétuo durante certo período anual (mensal, quinzenal ou semanal). Possibilita o uso de imóvel (casa, apartamento, flat, chalé) em certos períodos ou temporadas, variando o preço conforme o tempo de sua utilização e temporada (baixa, média ou alta). Trata-se de uma multipropriedade periódica, muito útil para desenvolvimento de turismo em hotéis, clubes e em navios⁵³

O condomínio de lotes foi estabelecido em 20 de dezembro de 2018 e inseriu, na Lei nº. 13.465/2017, o capítulo VII-A, que trata, especificamente, da constituição, administração e forma de uso deste tipo de condomínio.

Já o condomínio edilício com foco em condomínio residenciais, objeto do estudo deste trabalho, é aquele em que há partes comuns e partes exclusivas. Assim Maria Helena Diniz (2012 *apud* EGITO, 2019) o conceitua:

É uma combinação de propriedade individual e condomínio, caracterizando-se juridicamente pela justaposição de propriedades distintas e exclusivas ao lado do condomínio de partes do edifício forçosamente comuns, como o solo em que está construído o prédio, suas fundações, pilastras, área de lazer, vestíbulos, pórticos, escadas, elevadores, corredores, pátios, jardim, porão, aquecimento central, morada do zelador, etc.⁵⁴.

Segundo Francisco Egito (2019), nesta modalidade, cada condômino tem uma fração ideal do condomínio, que representa a parte que o dono do apartamento tem no terreno em que está construído o prédio. O autor também afirma que cada proprietário de

53 Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17851/material/CONDOM%C3%8DNIO%20NO%20C%C3%93DIGO%20CIVIL.pdf>>. Acesso em 05/03/2021.

54 Disponível em: <<https://www.franciscoegito.cnt.br/blog/2019/1/4/mlbkzyihahyqrdn8h4qifhvi9k39yx>>. Acesso em 15/10/2020.

fração autônoma (apartamento, sala de realização profissional, garagem) pode usar livremente das partes comuns, atendendo à sua destinação e não prejudicando a comunhão⁵⁵.

Segundo Cristina B. Schlemper Vendruscolo, a instituição do condomínio edilício pode se dar por: (i) destinação do proprietário do edifício, mediante escritura pública, sendo que a venda das unidades autônomas pode ser realizada antes ou depois de concluída a obra; (ii) por incorporação imobiliária, que é o negócio jurídico que tem o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial de edificações compostas de unidades autônomas; (iii) por testamento, em que se recebe, por herança, um prédio que deverá ter essa configuração; (iv) por constituição do regime por vários herdeiros; (v) por arrematação em hasta pública, doação, compra de frações em edifícios e (vi) por ação judicial em ação de divisão⁵⁶.

No entendimento de Tarluce (2018, p. 1165 *apud* MEDEIROS, 2021) a constituição do condomínio edilício se dá pela convenção do condomínio, que se constitui no “estatuto coletivo que regula o interesse das partes, havendo um típico negócio jurídico decorrente do exercício da autonomia privada” ⁵⁷.

Os dispositivos legais que regem esta modalidade de condomínio estão dispostos no Código Civil, do art. 1.331 ao art. 1.358.

Ressalta-se que cada tipo de condomínio aqui apresentado possui forma de organização e administração descrita em lei, com particularidades e definições em diversas aplicações.

Para o debate central deste trabalho, qual seja, a forma de rateio de despesa, será abordado apenas o condomínio edilício, modelo que, sem dúvida, é um dos mais utilizados nas construções horizontais das grandes cidades brasileiras.

2.2. Criação do Condomínio Edilício

⁵⁵ Disponível em: <<https://www.franciscoegito.cnt.br/blog/2019/1/4/mlbkzyihahyqrdn8h4qifhvi9k39yx>> Acesso em 15/10/2020.

⁵⁶ Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17851/material/CONDOM%C3%8DNIO%20NO%20C%C3%93DIGO%20CIVIL.pdf>> Acesso em 05/03/2021.

⁵⁷ Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/346284/os-poderes-do-condominio-frente-ao-direito-de-propriedade-para-o-stj>>. Acesso em 05/03/2021.

Segundo Bernardo César Coura (2016), “a instituição do condomínio é o ato pelo qual o proprietário do imóvel decide transformá-lo em diversas unidades autônomas”⁵⁸.

Da mesma forma, segundo o autor, “o que era um imóvel único, uma só edificação, passa a se constituir em diversas unidades, independentes entre si, sendo que a cada uma corresponderá uma fração ideal no terreno e nas partes comuns que existam”⁵⁹.

Conforme dispõe o art. 1.332 do Código Civil (BRASIL, 2002), o condomínio edilício se institui por ato entre vivos ou testamento registrado no cartório de Registro de Imóveis, devendo constar do referido ato: (i) a discriminação e individualização das unidades que têm propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns; (ii) a determinação da fração ideal de cada uma das unidades, no que diz respeito ao terreno e suas partes comuns; (iii) a destinação das unidades.

A Lei nº 4.591/64, conhecida como a Lei dos Condomínios, por sua vez, assim regulamenta a instituição dos condomínios, em seu artigo 9º, dispondo que:

Os proprietários, promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários dos direitos pertinentes à aquisição de unidades autônomas, em edificações a serem construídas, em construção ou já construídas, elaborarão, por escrito, a Convenção de condomínio, e deverão, também, por contrato ou por deliberação em assembleia, aprovar o Regimento Interno da edificação ou conjunto de edificações (BRASIL, 1964).

Observa-se que ambos os dispositivos tratam, portanto, da instituição de condomínio por meio do documento chamado *Convenção de Condomínio*.

Conforme disserta Sílvio Venosa (2021):

No condomínio edilício, existe nítida e distinta duplicidade de direitos reais. O direito de propriedade da unidade autônoma, em que o *ius utendi, fruendi et abutendi* é o mais amplo possível, como na propriedade em geral, sofre restrições de vizinhança impostas pela convivência material da coisa, em planos horizontais. Não se distingue muito do direito de propriedade ortodoxo que também sofre restrições de uso e gozo, tendo em vista os direitos de vizinhança em geral, as normas edilícias e os princípios do abuso de

58 Disponível em: <<https://bernardocesarcoura.jusbrasil.com.br/noticias/236728633/instituicao-de-condominio>> Acesso em 15/10/2020.

59 Disponível em <<https://bernardocesarcoura.jusbrasil.com.br/noticias/236728633/instituicao-de-condominio>>. Acesso em 15/10/2020.

direito. O direito de usar da unidade autônoma encontra limites nos princípios de ordem natural de vizinhança, de um lado, e de outro, nos ordenamentos particulares do condomínio)⁶⁰.

No entendimento do mesmo autor, à margem do direito de usar a unidade autônoma, quase totalmente igual à propriedade exclusiva individual, estaria a disciplina dirigida às partes comuns do edifício. Nesse aspecto, existiria, efetivamente, a figura do condomínio, onde os titulares de unidades condominiais são coproprietários de fração ideal de terreno e das partes de uso comum.

Dentro da criação do condomínio, está o documento que expressa a vontade de todos os condomínios, denominada Convenção de Condomínio. Também conforme o ensinamento de Sílvio de Salvo Venosa (2021):

A convenção do condomínio funciona como regra fundamental da vida condominial. Um dos problemas que mais afetam a vida em comunhão é o comportamento anormal ou inconveniente do condômino ou possuidor da unidade autônoma. Tendo em vista o rumo que as questões condominiais têm tomado, bem como o sistema de penalidades trazido pelo novo código, é importante que na convenção sejam estabelecidas as sanções a que estarão sujeitos os transgressores das regras condominiais, bem como o procedimento para sua imposição, este, mais apropriadamente, constante do regulamento. Há um microuniverso em um condomínio, que toma o vulto de uma aglomeração urbana. Tudo o que não é essencial à constituição e funcionamento do condomínio, mas de cunho circunstancial e mutável, deve ser relegado para o regimento (ou regulamento) interno. Por isso, é conveniente que esse regimento seja estabelecido à parte, e não juntamente com a convenção. O regimento está para a convenção como o regulamento administrativo está para a lei. Deve completar a convenção, regulamentá-la, sem com ela conflitar. Ocorrendo conflito, deve prevalecer a convenção⁶¹.

60 Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/912/o-condominio-edificio-no-novo-codigo-civil>>. Acesso em 15/10/2020.

61 Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/912/o-condominio-edificio-no-novo-codigo-civil>>. Acesso em 15/10/2020.

Da leitura da citação acima, depreende-se que a convenção de Condomínio é, portanto, o documento que reúne as principais regras de convivência e de administração do condomínio, determinando como este deverá ser gerenciado, organizado e como se dará o rateio de despesas. A convenção traz consigo as principais normas e dispõe, principalmente, sobre o tamanho de cada unidade em relação à parte comum, uma vez que, a cada unidade, caberá uma parte do todo.

3. AS DESPESAS CONDOMINIAIS EXTRAORDINÁRIAS E ORDINÁRIAS SOBRE A LUZ DA LEI Nº 8.245/91 E DO CÓDIGO CIVIL/2002

Quando da criação de um condomínio edilício, é na convenção de condomínio que estarão as obrigações e deveres de cada condômino que vierem a ser donos de uma unidade no empreendimento.

Fábio Ulhôa Coelho, citado por Arenas (2012, p. 100 apud ARENAS, p. 25, 2014), ao tratar dos arts. 504, 1.314, 1.319, 1.320, 1.322, parágrafo único, 1.323, 1.325 e 1.326 do Código Civil, diz que os condôminos são titulares de diversos direitos, dentre eles o de usar e fruir a coisa objeto do condomínio. Sobre este assunto, também disserta:

O coproprietário diz respeito à destinação da coisa. A maioria dos condôminos define os usos pertinentes ao bem, e nenhum deles o pode utilizar para fins diversos. O proprietário singular, atento às balizas das posturas administrativas ou derivadas de declaração de sua vontade, pode alterar a destinação da coisa livremente. O dono de fazenda de café, querendo, pode transformá-la em sítio turístico, sem dar satisfação a quem quer que seja. Já se a fazenda pertence a várias pessoas, e a maioria quer destiná-la à produção cafeeira, nenhum dos condôminos pode explorá-la como atividade turística⁶².

Rosângela Montesano Arenas afirma, por sua vez, que “nenhum condômino pode excluir qualquer dos demais do uso e fruição do bem comum” e que “nenhum deles pode apropriar-se sozinho da coisa em condomínio, impedindo de qualquer forma que os demais condôminos exerçam também seu direito de propriedade do outro” (ARENAS, 2014, p. 26)⁶³.

Conforme disposto no art. 1.336 do Código Civil (BRASIL, 2002), o rateio de despesas do condomínio pagas pelos condôminos, por meio da taxa condominial, decorre

⁶² 14 Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/267968266.pdf>>. Acesso em 15/10/2020.

do dever do condômino em contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais.

Nesse sentido, o inciso I do art. 1.336, bem como o art. 1.334 do Código Civil dispõem que caberá à convenção determinar a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do Condomínio.

Logo, como a norma dispõe sobre despesas ordinárias e extraordinárias, oportunamente, tratar-se-á dessa classificação.

A Lei nº 8.245/91, em seu art. 23, considera como despesas ordinárias aquelas com gastos frequentes e indispensáveis para manutenção do condomínio, recorrendo as principais em seu inciso XII:

Art. 23 - O locatário é obrigado a:

(...)

XII - pagar as despesas ordinárias de condomínio.

§ 1º Por despesas ordinárias de condomínio se entendem as necessárias à administração respectiva, especialmente:

- a) salários, encargos trabalhistas, contribuições previdenciárias e sociais dos empregados do condomínio;
- b) consumo de água e esgoto, gás, luz e força das áreas de uso comum;
- c) limpeza, conservação e pintura das instalações e dependências de uso comum;
- d) manutenção e conservação das instalações e equipamentos hidráulicos, elétricos, mecânicos e de segurança, de uso comum;
- e) manutenção e conservação das instalações e equipamentos de uso comum destinados à prática de esportes e lazer;
- f) manutenção e conservação de elevadores, porteiro eletrônico e antenas coletivas;

- g) pequenos reparos nas dependências e instalações elétricas e hidráulicas de uso comum;
- h) rateios de saldo devedor, salvo se referentes a período anterior ao início da locação;
- i) reposição do fundo de reserva, total ou parcialmente utilizado no custeio ou complementação das despesas referidas nas alíneas anteriores, salvo se referentes a período anterior ao início da locação. (BRASIL, 1991)

As despesas extraordinárias de condomínio, por sua vez, são aquelas que não se referem aos gastos rotineiros de manutenção do edifício e que são exemplificadas no art. 22, inciso X, da Lei nº 8.245/91, como a seguir se transcreve:

Art. 22 – O locador é obrigado a:

(...)

X - pagar as despesas extraordinárias do condomínio.

Parágrafo único. Por despesas extraordinárias de condomínio se entendem aquelas que não se refiram aos gastos rotineiros de manutenção do edifício, especialmente:

- a) obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel;
- b) pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas;
- c) obras destinadas a repor as condições de habitabilidade do edifício;
- d) indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação;
- e) instalação de equipamento de segurança e de incêndio, de telefonia, de intercomunicação, de esporte e de lazer;
- f) despesas de decoração e paisagismo nas partes de uso comum;
- g) constituição de fundo de reserva. (BRASIL, 1991)

Observa-se que, tanto as despesas ordinárias quanto as extraordinárias supramencionadas são, em regra, as mesmas encontradas e aplicadas de maneira impositiva na convenção de condomínio, que conta com capítulo dedicado ao orçamento.

3.1. Código Civil (Análise das leis nº 4.591/94 e Código Civil de 2002 na formação dos condomínios)

Como já observado pela doutrina, a convenção de condomínio trata das despesas do condomínio, sendo que estas mesmas podem ser rateadas por fração ideal ou pelo número de propriedades existentes em cada empreendimento.

Desta forma, conforme disposto no art. 1336 do Código Civil (BRASIL, 2002), o critério de rateio será o previsto na convenção de condomínio, sendo que, em caso de omissão, será realizado o cálculo proporcionalmente à fração ideal de cada condômino.

Assim, por exemplo, se o apartamento da cobertura é duplex e a ele corresponde fração ideal nas partes comuns do edifício superior às dos demais andares, também será proporcionalmente maior a contribuição condominial devida pelo seu proprietário.

Se, por um lado, entende-se como justo o cálculo pela fração ideal, uma vez que os condôminos usam as partes comuns de modo diferenciado, tem-se, em contrapartida, o problema que decorre da exata da medição exata desse uso, para melhor refleti-lo no valor da contribuição, o que, na prática, nem sempre se mostra viável.

Destarte, há que defender que, nem sempre, tal divisão é justa com aqueles que habitam o empreendimento, uma vez que é possível que unidades-tipo (padrão) apresentem o dobro de moradores de unidades superiores com área de cobertura.

Em pesquisa mencionada em reportagem jornalística⁶⁴, realizada junto a cerca de dois mil condomínios, os maiores gastos, não necessariamente nesta ordem, ficaram assim divididos:

Tabela 1 – Percentual de gastos

Descrição do Gasto	Percentual
Funcionários	37,33%
Despesas fixas	31,06%

⁶⁴ Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/imoveis/os-cinco-ralos-dos-gastos-com-condominio-dui2o8l8gyjn25zvlceosv8ps/>>. Acesso em 10/09/2020.

Contratos	19,96%
Fundo de reserva	3,46%
Administrativo	2,78%
Manutenção	2,68%
Aquisição	1,55%
Material de uso	0,97%
Locação	0,13%
Seguro predial	0,09%

Fonte: Gazeta do Povo

Tabela 2 – Percentual de gastos por maior despesa

Descrição	Percentual Gasto
Água	84,10%
Gás	11,56%
Luz	4,25%
TELEFONIA	0,09%

Fonte: Gazeta do Povo

O professor e Presidente da Comissão de Direito Imobiliário da OAB/MG, Kênio de Souza Pereira (2013), curiosamente classifica a diferença de cobrança entre as unidades tipo e cobertura como “Taxa da inveja”. Para o douto professor, há um erro quanto à interpretação de que o valor de condomínio reflete uma relação de consumo ou que, por ser maior, um determinado apartamento apresentará maior representação nos gastos:

Alguns entendem que o seu proprietário tem mais status, sendo que há quem alega ainda que, por receber mais sol e ter o terraço, tem que pagar maior taxa de condomínio, como se o seu proprietário não tivesse pago a mais pela compra, e sim ganhado essa unidade maior num sorteio entre todos os adquirentes do edifício. Muitos confundem taxa de condomínio, com o mesmo critério do Imposto de Renda, situação bem diversa, pois neste caso quem tem rendimento maior é tributado com a alíquota mais elevada. Há ainda, outros que confundem taxa de condomínio como se fosse IPTU, o qual já é pago em valor mais alto todos os anos, pois tem como base,

o valor patrimonial do imóvel, o qual não tem nenhuma relação com os valores das despesas das áreas comuns do condomínio. A taxa condominial decorre de uma contraprestação de serviços das áreas comuns e não pode ser cobrada como se fosse imposto, que incide sobre o valor do patrimônio ou da renda da pessoa⁶⁵.

O mesmo autor explica que, quando o art. 1.336 do Código Civil enuncia que os condôminos devem concorrer para as despesas de condomínio, parte da premissa de que todos eles se servem das partes e coisas comuns. O autor também reforça que o cálculo da taxa de condomínio não é embasado em conhecimento matemático e que isto dificulta a correta aplicação da divisão condominial:

Alguns engenheiros que são nomeados como peritos pelos juízes para fazer a perícia que elucida as dúvidas sobre a criação e aplicabilidade da fração ideal e como são gerados os custos que compõe a taxa de condomínio, alegam que o maior desafio para compreender o assunto é o raciocínio matemático que não tem sido intensificado. Conforme o relatório “De Olho nas Metas”, divulgado pelo movimento “Todos pela Educação”, baseado nos dados do resultado Prova Brasil/Saeb/2011, que afirma que somente 10,3% dos jovens brasileiros têm aprendido adequado em matemática ao fim do ensino médio e que apenas 29,2% aprenderam adequadamente a língua portuguesa⁶⁶.

4. A DIVISÃO DE DESPESAS CONDOMINIAIS E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Como já apresentado nos capítulos anteriores, nos condomínios há despesas ordinárias e extraordinárias, que são definidas durante a realização das assembleias gerais dos condôminos.

Ocorre que, conforme dispõe o texto legal, determina a convenção condominial qual será o orçamento do ano, mas não dá a liberdade aos condôminos para decidir qual a melhor forma de arrecadação dos valores aprovados, gerando, assim, o pagamento a

65 Disponível em: <<https://www.hojeemdia.com.br/opini%C3%A3o/colunas/k%C3%AAnio-pereira-1.332989/taxa-da-inveja-nos-condom%C3%ADnios-a-defici%C3%AAncia-em-matem%C3%A1tica-e-na-nterpreta%C3%A7%C3%A3o-dos-textos-1.368638>>. Acesso em 05/06/2021.

66 Disponível em: <<https://www.hojeemdia.com.br/opini%C3%A3o/colunas/k%C3%AAnio-pereira-1.332989/taxa-da-inveja-nos-condom%C3%ADnios-a-defici%C3%AAncia-em-matem%C3%A1tica-e-na-nterpreta%C3%A7%C3%A3o-dos-textos-1.368638>>. Acesso em 05/06/2021.

maior, por alguns que utilizam do mesmo serviço, mas possuem unidades com maior metragem.

Considere-se a seguinte situação: um prédio, com 10 apartamentos, conta com quatro funcionários e serviços de portaria 24 horas. O valor pago por este serviço, conforme convenção condominial, deriva proporcionalmente do tamanho de cada unidade. Em exemplos práticos, segue a divisão, conforme a tabela abaixo.

Tabela 3 – Frações ideais de apartamentos

Apartament o	Metragem
101	0,100
102	0,100
103	0,046
104	0,046
201	0,046
202	0,046
301	0,220
302	0,396

Os apartamentos 101 e 102 são áreas privativas e os 301 e 302 são coberturas, sendo que uma cobertura é maior que a outra. Logo, por possuírem metragem maior, pagam quase o dobro do valor das unidades menores.

O serviço de portaria custa, mensalmente, R\$ 10.000,00, de forma que ficaria, assim, a cobrança por fração ideal:

Tabela 4 – Taxas de condomínio de cada unidade (fração ideal)

Apartament o	Valor Pago
101	R\$ 1.000,00
102	R\$ 1.000,00
103	R\$ 460,00

104	R\$ 460,00
201	R\$ 460,00
202	R\$ 460,00
301	R\$ 2.200,00
302	R\$ 3.960,00

É entendimento do art. 12 da Lei nº 4.591/64 (BRASIL, 1964) de que é obrigação de cada condômino arcar com as despesas condominiais, na proporção de sua quota-parte.

A fixação da quota no rateio corresponde à fração ideal de terreno de cada unidade, caso a convenção condominial não disponha em contrário, observando as formalidades legais, a isonomia e evitando o enriquecimento sem causa. O sentido desta regra não permite a vantagem sobre outrem, como expressa o art. 884 do Código Civil, ao não compactuar com este tipo de situação:

Art. 884 - Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único - Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. (BRASIL, 2002)

A reflexão do tema é feita por Sílvio Venosa (*apud* ARAGÃO, p. 240, 2007) da seguinte forma:

É frequente que uma parte se enriqueça, isto é, tenha um aumento patrimonial, em detrimento de outra. Aliás, no campo dos contratos unilaterais é isso que precisamente ocorre. Contudo, como vemos, na maioria das vezes, esse aumento patrimonial, esse enriquecimento, provém de uma justa causa, de um ato jurídico válido, tal como uma doação, um legado. Todavia, pode ocorrer que esse enriquecimento, ora decantado, opere-se sem fundamento, sem causa jurídica, desprovido de conteúdo jurígeno, ou, para se aplicar a terminologia do direito tributário, sem fato gerador. Alguém efetua um pagamento de dívida inexistente, ou paga dívida a quem não é seu credor, ou constrói sobre o terreno de outrem. Tais situações, como

vemos englobando o pagamento indevido, configuram um enriquecimento sem causa, injusto, imoral e, invariavelmente, contrário ao direito, ainda que somente sob aspecto da equidade ou dos princípios gerais de direito. Nas situações sob enfoque, é curial que ocorra um desequilíbrio patrimonial. Um patrimônio aumentou em detrimento de outro, sem base jurídica. A função primordial do direito é justamente manter o equilíbrio social, como fenômeno de adequação social⁶⁷.

Venosa reforça, portanto, o entendimento de que existe enriquecimento injusto sempre que houver uma vantagem de cunho econômico em detrimento de outrem, sem justa causa,

4.1. O rateio de despesas de condomínio sob o prisma dos tribunais pátrios

Tão ampla é a discussão sobre a melhor forma de ratear as despesas de um condomínio, que seu entendimento não é pacífico na jurisprudência pátria.

O Superior Tribunal de Justiça, ao se pronunciar sobre o tema, confirmou o rateio de despesas de forma igualitária, por meio do Recurso Especial nº 541.317-RS (2003/0064425-4).

A questão foi levada ao referido tribunal em ação proposta por uma condômina de apartamento com menor metragem, tendo como causa de pedir a alegação de que pagar taxa condominial igual à paga pelas unidades de maior tamanho acarretaria enriquecimento ilícito por parte daquelas unidades, já que estas possuíam tamanho maior.

No julgamento acima citado, o STJ foi contrário a este entendimento e negou provimento ao recurso da autora com o base nos seguintes argumentos:

A assembleia dos condôminos é livre para estipular a forma adequada de fixação da quota dos condôminos, desde que obedecidos os requisitos formais, preservada a isonomia e descaracterizado o enriquecimento ilícito de alguns condôminos. O rateio igualitário das despesas condominiais não implica, por si só, enriquecimento sem causa dos proprietários de maior fração ideal. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ, 2003).

⁶⁷ Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/4099/2859/9267>. Acesso em 06/06/2021.

Segundo o entendimento de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, devem ser aplicados, portanto, os princípios que informam as normas positivas. Senão, vejamos:

A interpretação das leis é obra de raciocínio, mas também de sabedoria e bom senso, não podendo o julgador ater-se exclusivamente aos vocábulos, mas sim, aplicar os princípios que informam as normas positivas (STJ, 1990).

Se a interpretação por critérios tradicionais conduzir à injustiça, incoerência ou contradição, recomenda-se buscar o sentido equitativo, lógico e de acordo com o sentimento geral (STJ, 1994).

Um exemplo de julgamento sobre o pagamento de taxas maiores por unidades que possuem metragem maior do que as demais, e bastante utilizado para explicar que a taxa por fração é ilegal, foi o Recurso Especial nº 1.104.352-MG (2008/0256572-9). Neste recurso, o STJ não julgou a questão da cobrança, por erro na regularidade do recurso, mas fez referência à decisão do tribunal inferior quanto à matéria:

O Tribunal de origem fundou seu convencimento na impossibilidade de enriquecimento ilícito - art. 884 do Código Civil -, uma vez que a área maior do apartamento do autor da ação não onera a mais os demais condôminos, verbais (fls.349/351, e-STJ):

No caso dos autos, a soberania da assembleia geral não autoriza que se locupletem os demais apartamentos pelo simples e singelo fato de o apartamento do autor possuir uma área maior, já que tal fato, por si só não aumenta a despesa do condomínio, não confere ao proprietário maior benefício do que os demais e finalmente, a área maior não prejudica os demais condôminos. Essa prova foi produzida pelo apelante na perícia.

[...]

A cobrança de rateio de despesas de condomínio de unidade com fração ideal maior, sem se observar princípio do proveito efetivo revela enriquecimento sem causa abominado pelo artigo 884 do Código Civil. O pedido do apelante procede. Procede também o pedido de devolução do que ultrapassou o devido a ser custeado pelo apelado mediante contribuições dos demais condôminos em favor do apelante. De fato, dispõe o art. 884 do Código Civil que aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será

obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. O condômino a quem foi cobrado e pagou além do devido tem direito à restituição do indébito custeado pelo condomínio, ficando isento de participar do rateio.

Contudo, a insurgente deixou de impugnar tal fundamento do aresto hostilizado. Desse modo, existindo fundamento autônomo e suficiente que possibilita a manutenção do aresto hostilizado, a ausência de sua impugnação impede a modificação do julgado, como preceituado na Súmula n. 283 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles” (BRASIL, 2013)68.

Em outra decisão do STJ, baseada no inciso I do art. 1.336 do Código Civil, negou-se provimento ao recurso de proprietários de uma cobertura que questionavam a obrigação de pagar a taxa de condomínio e as despesas extras em dobro. O Ministro Villas Bôas Cueva, então relator, abordou que é dever do condômino contribuir para as despesas do condomínio na proporção da fração ideal, salvo disposição diferente na convenção, dada a opção legislativa, onde, em regra, a divisão do valor da taxa condominial se dá com base na fração ideal da unidade imobiliária, podendo a convenção estabelecer de maneira diversa, ou seja, se a convenção estipula o rateio das despesas com base na fração ideal, não há violação de lei federal:

RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. CONVENÇÃO. DESPESAS ORDINÁRIAS. APARTAMENTOS EM COBERTURA. RATEIO. FRAÇÃO IDEAL. ART. 1.336, I, DO CC/2002. REGRA. LEGALIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se a convenção condominial pode instituir, para unidades de apartamentos em coberturas, o pagamento de taxa com base na proporção da fração ideal. 3. A taxa condominial destina-se ao pagamento das despesas de conservação e/ou manutenção do edifício, como limpeza, funcionamento dos elevadores, contratação de empregados, consumo de água e de luz, bem como para possibilitar a realização de obra ou inovações aprovadas pela assembleia geral e pagar eventuais indenizações, tributos, seguros etc. 4. A divisão do valor da taxa condominial se dá com base na fração ideal da unidade imobiliária, podendo a

68 Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/892853354/recurso-especial-resp-1104352-mg-2008-0256572-9/decisao-monocratica-892853364>>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

convenção estabelecer forma diversa (art. 1.336, I, do CC/2002). Precedentes. 5. As unidades imobiliárias com fração ideal maior pagarão taxa condominial em valor superior às demais unidades com frações menores, salvo previsão contrária na convenção. 6. Não há ilegalidade no pagamento a maior de taxa condominial por apartamentos em cobertura decorrente da fração ideal do imóvel. 7. Na hipótese, a norma que estabelece o pagamento de cota condominial ordinária é a prevista no art. 3º da Convenção do Condomínio Edifício Torre Blanca, cuja base de rateio despesas é a fração ideal do imóvel. 8. Recurso especial não provido. (STJ, 2020)69.

Observa-se, no entanto, que vários proprietários recorrem à justiça, uma vez que nem sempre é tarefa simples convencer condôminos que pagam menores taxas de que o pagamento igualitário é o correto a todos.

Em 2009, o então deputado André Quintão propôs o projeto de Lei nº 5.252, que propunha a fixação da cota de condomínio igual entre todas as unidades e limitava a cobrança em 30% a mais, para as unidades maiores.

O projeto de lei foi reprovado, sob o argumento que a lei atual é justa e de que a divisão deve ocorrer proporcionalmente ao tamanho do apartamento.

Assim, permanece aplicado o entendimento corrente, qual seja, o de se respeitar o que consta em convenção condominial, mesmo que esta não seja a única forma de solucionar as divergências, vez que, conforme entendimento predominante da jurisprudência, a convenção é pensada antes da construção e da instalação do condomínio, mas, no entanto, pode ser modificada pelos futuros proprietários, quando entenderem que a proposta não reflete a realidade implantada no condomínio.

5. CONCLUSÃO

Após inúmeras leituras e pesquisas sobre o tema rateio de despesas pela fração ideal ou pela divisão igualitária entre as unidades, a boa resposta seria a de que tudo depende do caso concreto.

Como se observa das próprias análises de casos hipotéticos, o cálculo da taxa de condomínio pelo tamanho de suas unidades nem sempre é factível para demonstrar a realidade dos gastos exercidos naquele empreendimento.

Ocorre que, não necessariamente, as unidades estão plenamente ocupadas durante a rotina condominial e, por este motivo, a divisão das despesas pelo critério de metragem não refletiria a realidade e, por conseguinte, o desejo de todos os condôminos.

O que se pode observar é que não há como determinar que a cobertura ou as áreas privativas, apenas por possuírem tamanhos maiores, necessariamente utilizam, em maior proporção, os serviços oferecidos pelo prédio.

A convenção condominial reflete o pensamento do empreendedor ao construir o condomínio e a divisão das despesas seria pensada, por sua vez, conforme a tabela de fração ideal, que determina qual será a necessidade do empreendimento conforme o número de quartos das unidades residenciais.

Hipoteticamente, no entanto, se uma cobertura possui cinco moradores e o térreo, dois, a iluminação do corredor não será aumentada pelo número de pessoas que passam por aquele local.

Da mesma forma, a despesa ordinária com elevador não será necessariamente aumentada se este subir mais vezes à cobertura. O desgaste de peças implicará em uma troca do equipamento, que será extraordinária. Não é à toa que vários proprietários de unidades com estas características procuram o judiciário, em busca de razoabilidade no rateio das despesas e na forma de distribuição dos gastos.

Pensando neste caso e, com base nos dados apresentados, a divisão mais correta seria aquela em que as despesas ordinárias fossem suportadas por todos em sua igualdade e aquelas extraordinárias, tais como obras, fundo de reserva e demais, na forma de sua fração ideal.

Se um prédio, por exemplo, tem dez apartamentos, caso fosse realizada a pintura de sua fachada, a troca do elevador, a troca do piso, a cobertura de vagas de garagem, os apartamentos com áreas maiores seriam mais valorizados, comparativamente às unidades menores. Logo, seria mais justo que estas despesas fossem arcadas em sua proporcionalidade pelas unidades maiores.

Já no caso de despesas divisíveis, tais como água e gás, o ideal é que fosse realizada a individualização do fornecimento para cada unidade residencial e, caso não seja possível, a cobrança fosse realizada por meio da fração ideal, haja vista que o que não é passível de medição é impossível de se gerenciar.

O objeto de estudo do presente artigo limitou a realidade de condomínios edifícios residenciais, mas este mesmo tipo de empreendimento é aplicado a condomínios de lojas, shopping centers e outros tipos que podem não apresentar regras em comum.

Conforme apresentado ao longo do trabalho, o raciocínio para determinar a divisão de despesa deve ser aquela baseada na matemática de gastos realizados, sem se pensar em tamanho das unidades, pois nem sempre o apartamento com maior tamanho contribuirá, necessariamente, com o aumento de despesas.

O presente trabalho demonstrou que as despesas de condomínio ordinárias não agregam valor direto ao bem, sendo, somente, base para o rateio de gastos cotidianos, que visam manter o uso e a correta destinação do imóvel.

Na maioria dos cenários analisados, observa-se que os gastos principais dos prédios decorrem de funcionários, água, luz e gás, sendo estes dois últimos passíveis de medição individual.

Situação importante a ser lembrada por todos que adquirem um apartamento é procurar saber, antes da aquisição, qual a forma de rateio de despesas daquele empreendimento. Por vezes, o valor do condomínio pode inviabilizar a aquisição, transformando o sonho em um grande pesadelo.

Por fim, é importante que o empreendedor do imóvel sempre racionalize sobre a forma de rateio das despesas, durante a concepção do projeto, e que sua escolha seja feita com base na eficiência dos gastos, bem como na redução dos valores de rateio condominial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALLA, Sharon. **Os cinco “ralos” dos gastos com condomínio**. Gazeta do Povo, Curitiba, 24/10/2015. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/imoveis/os-cinco-ralos-dos-gastos-com-condominio-dui2o8l8gyjn25zvlceosv8ps/>>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

ARAGÃO. Alexandre Santos de. **Parecer - Direito de avaliação e eventual declaração de comercialidade da descoberta no BC-400**. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/4099/2859/9267>> . Acesso em 06 de junho de 2021.

ARENAS, Rosangela Montesano. **Condomínio Comum e Condomínio Edifício: diferenças quanto ao rateio pela fração ideal e pela forma igualitária**. 2014. Disponível

em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/267968266.pdf>>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928**. Dispõe sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL5481-1928.htm>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4591.htm#art70>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 10 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão** Recurso Especial 3.836 MG, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo. Brasília, Sessão de 18/12/1990. DJ 18/03/1991, p. 2801)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão** Recurso Especial 11.064-0 SP, Relator: Milton Cruz Pereira. Brasília, Sessão de 06/04/1994. DJU 09/05/1994, p. 10807).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão** Recurso Especial 541.317 RS (2003/0064425-4), Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, Sessão de 09/09/2003. DJ, 28/10/2003, p. 294, RSTJ, vol. 176, p. 408.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão** Recurso Especial 1.104.352 MG (2008/0256572-9), Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, Sessão de 08/05/2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/892853354/recurso-especial-resp-1104352-mg-2008-0256572-9/decisao-monocratica-892853364>>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão** Recurso Especial. 1.778.522 SP (2018/0294465-9), Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, Sessão de 02/06/2020. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1948453&num_registro=201802944659&data=20200604&formato=PDF>. Acesso em 06/06/2021.

COURA, Bernardo César. **Instituição de Condomínio**. 2016. Disponível em: <<https://bernardocesarcoura.jusbrasil.com.br/noticias/236728633/instituicao-de-condominio>>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

EGITO, Francisco. **Condomínio, sua criação, natureza jurídica, conceito, cadastro no CNPJ, INSS, PIS e FGTS**. 2019. Disponível em: <<https://www.franciscoegito.cnt.br/blog/2019/1/4/mlbkzyihahyqrdn8h4qifhvi9k39yx>>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

MEDEIROS, Isadora da Silva. **Os poderes do condomínio frente ao direito de propriedade para o STJ**. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/346284/os-poderes-do-condominio-frente-ao-direito-de-propriedade-para-o-stj>>. Acesso em 05 de março de 2021.

PEREIRA, Kênio. **"Taxa da inveja" nos condomínios, a deficiência em matemática e na interpretação dos textos**". Hoje em Dia, Belo Horizonte, 08/07/2013. Disponível em: <<https://www.hojeemdia.com.br/opini%C3%A3o/colunas/k%C3%AAnio-pereira-1.332989/taxa-da-inveja-nos-condom%C3%ADnios-a-defici%C3%AAncia-em-matem%C3%A1tica-e-na-interpreta%C3%A7%C3%A3o-dos-textos-1.368638>>. Acesso em 05 de junho de 2021.

VENDRUSCOLO, Cristina B. Schlemper. **Condomínios**. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17851/material/CONDOM%C3%8DNIO%20NO%20C%C3%93DIGO%20CIVIL.pdf>>. Acesso em 05 de março de 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **O condomínio edilício no novo Código Civil**. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/912/o-condominio-edilicio-no-novo-codigo-civil>>. Acesso em 15 de outubro de 2021.

OS CONFLITOS DE ENTENDIMENTOS ENTRE AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS E O PODER JUDICIÁRIO NOS CASOS DE PROCEDIMENTOS DE PÓS BARIÁTRICA

MARCELLA DE MELLO ALVES DA CRUZ:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. Tecnóloga em Mediação pela Universidade Estácio de Sá

GABRIELLE FERNANDA DE OLIVEIRA PAIXÃO⁷⁰

(coautora)

BRUNO MIGUEL PACHECO ANTUNES DE CARVALHO

CAMILA PEREIRA LINHARES

(orientadores)

RESUMO: O presente artigo busca demonstrar o conflito de entendimentos entre a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, autarquia reguladora das Operadoras de Planos de Saúde, e o Poder Judiciário Brasileiro no que se refere aos procedimentos reparadores pós-bariátrica. Neste sentido, foi realizada a análise dos normativos e entendimentos atualmente vigentes emitidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar que discorrem sobre a obrigatoriedade ou não de cobertura assistencial dos procedimentos de pós bariátrica por parte das Operadoras de Planos de Saúde, bem como, a análise jurisprudencial dos acórdãos emitidos pelo Poder Judiciário sobre a temática em questão. Com isso, demonstra-se a divergência desses entendimentos, uma vez que a Agência Nacional de Saúde Suplementar entende pela não cobertura obrigatória dos procedimentos de pós bariátrica por parte das Operadoras de Planos de Saúde e, de modo diverso, há jurisprudências do Poder Judiciário no sentido de responsabilizar as Operadoras de Planos de Saúde quanto ao cumprimento obrigatório dos procedimentos reparadores.

Palavras-chave: Pós bariátrica. Plano de Saúde. ANS. Jurisprudência. Saúde Suplementar. Poder Judiciário

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceito e critérios para realização da cirurgia bariátrica e pós bariátrica no âmbito médico. 3. Entendimentos da ANS sobre procedimentos reparadores pós-bariátrica e a atuação das operadoras de planos de saúde. 4. Entendimentos do Poder Judiciário sobre procedimentos reparadores pós-bariátrica. 5. Considerações Finais. 6. Glossário. 7. Referências Bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

⁷⁰ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA.

Embora o Brasil seja um país com grande diversidade e inúmeras necessidades sociais, a saúde, desde o ano de “[...] 1988 era primordialmente técnico e político passou a ser também jurídico e de ordem constitucional.”⁷¹.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais especificadamente, em seu artigo 6º, conceituou a saúde como um direito social, sendo, portanto, um dever do Estado garantir através de ações, serviços e/ou programas, públicos ou de iniciativa privada, com intuito de influir na vida dos cidadãos.

Ainda sob a ótica da Carta Magna Brasileira de 1988, o artigo 196 complementa que a saúde é um direito de todos e dever do Estado garanti-la, visando “à redução do risco de doença e outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”⁷². Dessa forma, para materializar o dever de garantia a saúde, a Constituição Federal de 1988, estabeleceu a criação do Sistema Único de Saúde – SUS, a partir daí a população brasileira passou a ter acesso à saúde universal e gratuita, financiada pela União, estados, municípios e Distrito Federal, conforme estabelecido no artigo 198, parágrafo primeiro da CFRB/88.

Entretanto, antes mesmo do advento da Constituição Federal, já era possível perceber resquícios da atividade de assistência à saúde privada, como prova disso, no ano de 1944, o Banco do Brasil criou a Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil – CASSI, que financiava serviços médico-hospitalares aos trabalhadores e seus dependentes, neste sentido, a prestação de assistência privada à saúde era uma atividade que não possuía regulamentação.⁷³

No que tange à gestão da saúde⁷⁴, o Brasil, portanto, é composto pelo sistema público de saúde e pelo sistema de saúde privado, o que proporciona uma maior efetividade e consonância com o preceito constitucional supramencionado.

71 FERRAZ; VIEIRA, 2008, apud SILVA, C. M. D. **Sistema de Saúde Privado**: Políticas públicas regulatórias intersetoriais. 1. ed. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2017. p.26).

72 BRASIL, 1988 – Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05/11/2020.

73 ANS – Quem somos – Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>. Acesso em: 05/11/2020.

74 O Brasil adere uma base híbrida de gestão da saúde com um sistema de saúde público (cujo atendimento é “gratuito” ao cidadão) e um sistema de saúde privado (SSP) para o atendimento ao usuário do convênio, ora contratante. O SSP opera sob a forma de planos e seguros de saúde, bem como de hospitais, clínicas, laboratórios e consultórios particulares. O acrônimo Sistema de Saúde Privado (SSP) será a sigla empregada

Nesta senda, para regular o setor de planos privados de assistência à saúde, o Presidente Fernando Henrique Cardoso, sancionou em 3 de junho de 1998, a Lei nº 9.656. O intuito desta lei, além de regular, era também garantir a competitividade do mercado e, “[...] o produto oferecido, ou seja, a assistência à saúde, com medidas inovadoras como a proibição da seleção de risco e de rompimento unilateral dos contratos:”⁷⁵

Os objetivos básicos e as estratégias diferenciadas de implementação da regulamentação surgem claramente do marco regulatório e evoluem a partir da ampliação do conhecimento sobre o setor. Esses objetivos podem ser resumidos em seis pontos relevantes²:

- 1) Assegurar aos consumidores de planos privados de assistência à saúde cobertura assistencial integral e regular as condições de acesso;
- 2) Definir e controlar as condições de ingresso, operação e saída das empresas e entidades que operam no setor;
- 3) Definir e implantar mecanismos de garantias assistenciais e financeiras que assegurem a continuidade da prestação de serviços de assistência à saúde contratados pelos consumidores;
- 4) Dar transparência e garantir a integração do setor de saúde suplementar ao SUS e ao ressarcimento dos gastos gerados por usuários de planos privados de assistência à saúde no sistema público;
- 5) Estabelecer mecanismos de controle de abusividade de preços;
- 6) Definir o sistema de regulamentação, normatização e fiscalização de saúde suplementar.⁷⁶

Com os objetivos básicos da regulamentação já definidos, criou-se posteriormente, uma autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, denominada Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, a partir da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, cujo o

durante todo o livro e abrange a concepção das formas privadas de assistência, atenção e prestação de serviços à saúde.

FERRAZ; VIEIRA, 2008, apud SILVA, C. M. D. **Sistema de Saúde Privado**: Políticas públicas regulatórias intersetoriais. 1. ed. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2017. n.p).

⁷⁵ FERRON, Fabiana. **Planos Privados de Assistência à Saúde**: Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. 1. ed. São Paulo/SP: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, 2002, p. 19. ⁶ Ibidem p. 20.

objetivo principal é a regular, normatizar e fiscalizar as Operadoras Privadas de Plano de Assistência à Saúde, conceituadas no artigo 1º da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 3977, de 27 de outubro de 2000, para tanto, foi atribuído a esta o poder de polícia⁷⁸, para de forma legítima, possa aplicar multas e penalidades previstas nos dispositivos normativos do setor:

[...]. Tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público, regulando as operadoras e suas relações com prestadores de serviços e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde do País. Possui autonomia administrativa, financeira, patrimonial, de gestão de recursos humanos e de decisão técnica.

É responsável pela elaboração de rol de procedimentos e coberturas, normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS, segmentação dos planos, critérios de controle de qualidade e fiscalização dos planos de saúde, levantamento e consolidação das informações de natureza e econômico-financeira das operadoras, intervenção e liquidação das empresas em situação de insolvência, entre outras tarefas.⁷⁹

Dessa forma, além da Lei nº 9.656/98 dispor sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, essa também dispõe sobre penalidades em caso de infração não somente aos seus dispositivos e regulamentos, mas também em caso de infrações a contratos firmados entre Operadoras e consumidores, infrações estas apuradas por meio

77 Art. 1º Definem-se como Operadoras de Planos de Assistência à Saúde as empresas e entidades que operam, no mercado de saúde suplementar, planos de assistência à saúde, conforme disposto na Lei nº 9.656, de 1998. PLANALTO. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm. Acesso em: 21/03/2021.

78 Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. [...] A Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e controla a sua aplicação, preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas). (DI PIETRO, M. S. Z; **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 152 e 153).

79 (FERRON, Fabiana. **Planos Privados de Assistência à Saúde: Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. 1. ed. São Paulo/SP: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, 2002, p. 25).

de processo administrativo, conforme a Resolução CONSU n° 1880, de 23 de março de 1999.

2 CONCEITO E CRITÉRIOS PARA REALIZAÇÃO DA CIRURGIA BARIÁTRICA E PÓS BARIÁTRICA NO ÂMBITO MÉDICO

Independente de como ocorre, a obesidade é um excesso de tecido adiposo, ou seja, pelo excesso de gordura, que traz consigo o excesso de peso, ocasionando prejuízos à saúde, impactando na qualidade e quantidade de vida das pessoas. 81

Para identificar e classificar o grau de obesidade, é realizado a partir do índice de massa corporal (IMC) do indivíduo, conforme aceito pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Bariátrica (SBCB), Federação Internacional de Cirurgia de Obesidade (IFSO), bem como pela Sociedade Americana de Cirurgia Bariátrica (ASBS).82

Entretanto, não é possível conceituar a obesidade se atentando tão somente ao índice de massa corporal do indivíduo, mas também, pelas comorbidades relacionadas de forma direta ou indireta com a obesidade, como por exemplo a diabetes tipo 2, hipertensão arterial, apneia do sono, depressão, dislipidemia, entre outros, conforme as comorbidades listadas na Resolução n° 2.131 de 2015 do Conselho Federal de Medicina.83

Desse modo, para os casos que a readequação alimentar, atividade física regular e outros métodos, em longo prazo, já não trazem mais resultados, ou seja, a obesidade se prolonga no tempo, sem resultado no tratamento clínico. Dessa forma, quando os outros recursos já não produzem mais efeitos, o último recurso é o tratamento cirúrgico, a gastroplastia, mais comumente denominada como cirurgia bariátrica, cujo seu objetivo é perder peso e evitar as comorbidades advindas da obesidade. Sendo, a gastrectomia

80 Art. 1º - As infrações aos dispositivos da Lei n.º 9656 / 98 e às normas estabelecidas por este Conselho serão apuradas em processo administrativo próprio, iniciado conforme disposto no artigo 11 da Resolução CONSU n.º 03 de 03 de novembro de 1998, observados o rito e prazos estabelecidos nesta Resolução. PLANALTO. Lei n° 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm. Acesso em: 21/03/2021.

81 SILVA, R. S. D; KAWAHARA, Nilton Tokio. **Cuidados Pré e Pós-Operatórios na Cirurgia da Obesidade**. 1. ed. Porto Alegre/RS: Editora AGE LTDA, 2005, p.23.

82 Ibidem. p.28.

83 GURFINKEL, Valter. **A cirurgia bariátrica e os planos de saúde**. Médicos Peritos. Out. 2018. Disponível em <https://www.medicosperitos.com.br/artigos/46/A-cirurgia-bariatrica-e-os-planos-de-saude>. Acesso em 14/10/2020.

vertical por videolaparoscopia 84 uma das mais realizadas atualmente, dentre os procedimentos eticamente aceitos de cirurgias bariátricas.

Logo, após a realização da cirurgia bariátrica, o paciente já apresentou um grande quadro de melhora na qualidade de vida, entretanto, após o tratamento cirúrgico e a estabilização do peso, o paciente pode apresentar excesso de pele e comorbidades advindas desse excesso, causando flacidez, já que devido à perda de gordura a pele não retorna por si só ao seu estado original. Portanto, como consequência da cirurgia bariátrica, tem-se a cirurgia plástica reparadora pós bariátrica, para então, retirar o excesso de pele, bem como outros tecidos decorrentes do emagrecimento.⁸⁵

3 Entendimentos da ANS sobre procedimentos reparadores pós bariátrica e a atuação das Operadoras de Planos de Saúde

O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que é editado pela ANS, se trata de uma listagem mínima de procedimentos que as Operadoras de Planos de Saúde devem obrigatoriamente oferecer aos seus consumidores, conforme cada tipo de plano de saúde, qual seja, hospitalar com ou sem obstetrícia, ambulatorial, referência ou odontológico, sendo revisado a cada 2 (dois) anos, conforme disserta a Resolução Normativa – RN nº 439, de 3 de Dezembro de 2018⁸⁶. Sendo válidos para os planos novos e regulamentados (contratados a partir de 02 de janeiro de 1999) e para planos antigos adaptados (ou seja, contratados antes de 02 de janeiro de 1999, mas foram adaptados à Lei dos Planos de Saúde).⁸⁷ Vale ressaltar que os contratos antigos, ou seja, aqueles que foram celebrados antes da vigência da Lei nº 9.656 de 1998, não são impactados com a regulamentação em relação à contratação e coberturas obrigatórias, mantendo-se as regras previstas nos instrumentos contratuais.⁸⁸

84 “Explicando de forma simplificada, funciona promovendo uma restrição gástrica, através da remoção de aproximadamente 60 a 80% do estômago, o que leva também a uma redução da produção de um hormônio denominado grelina. A grelina é um hormônio natural produzido no estômago e no pâncreas, e quanto maior for sua produção, maior será o estímulo de apetite.” (Ibidem. n.p).

85 Ibidem. n.p.

86 ANS – LEGISLAÇÃO. **Resolução Normativa nº 439, de 3 de Dezembro de 2018**. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzY1Nw> =. Acesso em: 12/04/2021

87 GOV.BR/ANS – **O que seu Plano de Saúde deve cobrir?** – Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/consumidor/o-que-o-seu-plano-de-saude-deve-cobrir-1>. Acesso em: 31/03/2021.

88 ANS – **O que é considerado um contrato de plano de saúde “novo” e um contrato “antigo”?** – Disponível em:

O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, além de trazer uma listagem mínima de procedimentos obrigatórios a serem cobertos, serve também como uma ferramenta de previsibilidade para as Operadoras de Plano de Saúde, principalmente, no campo financeiro. 89

O Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 2.131/2015, que especifica os critérios gerais para indicação de realização da cirurgia bariátrica a pacientes com Índice de Massa Corporal – IMC maior ou igual a 35kg/m² com ou sem comorbidades⁹⁰, maiores de 18 (dezoito) anos (ressalvado os casos de adolescentes com 16 (dezesseis) anos completos e menores de 18 (dezoito) anos, também poderão ser operados, respeitando as condições gerais, mas também mediante a concordância dos pais, presença de pediatra na equipe multiprofissional, com precauções especiais e com risco-benefício muito bem analisado), com obesidade estabelecida com tratamento clínico prévio insatisfatório de, pelo menos, 2 (dois) anos e obesidade grave instalada há mais de 5 (cinco) anos.⁹¹

Outro critério costumeiramente aceito na comunidade médica para realização da cirurgia bariátrica é um programa de perda de peso estruturado e conservador que falhou ou é considerado inútil.⁹²

Não obstante à Resolução nº 2.131/15 do CFM, também é utilizado como critério para garantia de cobertura obrigatória da gastroplastia (cirurgia bariátrica) por

http://www.ans.gov.br/aans/index.php?option=com_centraldeatendimento&view=pergunta&resposta=46&historico=25825187. Acesso em: 25/02/2021.

89 MONTONE, Januario. **Planos de Saúde: Passado e Futuro**. 1. ed. Rio de Janeiro/RJ: MedBook - Editora Científica LTDA., 2009. p.53.

90 As comorbidades mencionadas na Resolução se trata de: diabetes, apneia do sono, hipertensão arterial, dislipidemia, doenças cardiovasculares incluindo doença arterial coronariana, infartado miocárdio (IM) angina, insuficiência cardíaca congestiva (ICC), acidente vascular cerebral, hipertensão e fibrilação atrial, cardiomiopatiadilatada, cor pulmonale e síndrome de hipoventilação, asma grave não controlada, osteoartroses, hérnias discas, refluxo gastroesofageno, com indicação cirúrgica, colecistopatia calculosa, pancreatites agudas de repetição, esteatose hepática, incontinência urinária de esforço da mulher, infertilidade masculina e feminina, disfunção erétil, síndrome dos ovários policísticos, veias varicosas e doença hemorroidária, hipertensão intracraniana idiopática (pseudotumorcerebri), estigmatização social e depressão. **Resolução nº 2.131, de 12 de novembro de 2015**. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/guest/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22175085/do1-2016-01-13-resolucao-n-2-131-de-12-de-novembro-de-2015-22174970. Acesso em: 05/12/2020.

91 Brasil, 2015 – Resolução nº 2.131, de 12 novembro de 2015. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/guest/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22175085/do1-2016-01-13-resolucao-n-2-131-de-12-de-novembro-de-2015-22174970. Acesso em: 05/12/2020.

92 GURFINKEL, Valter. **A cirurgia bariátrica e os planos de saúde**. Médicos Peritos. Out. 2018. Disponível em <https://www.medicosperitos.com.br/artigos/46/A-cirurgia-bariatrica-e-os-planos-de-saude>. Acesso em 05/12/2020.

videolaparoscopia ou por via laparotômica, o que está previsto no Anexo I93 da Resolução Normativa nº 465 da ANS, de 2021⁹⁴, que define o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, bem como a sua Diretriz de Utilização – DUT nº 27, que se encontra no Anexo II⁹⁵.

Importante ressaltar que a atualização do Rol de Procedimentos e Eventos, a RN nº 465, de 2021, trouxe algumas modificações no enunciado geral e nos respectivos grupos da Diretriz de Utilização - DUT nº 2796, em que é devido a cobertura obrigatória quando é preenchido, pelo menos um dos critérios de idade listados no grupo I:

- a. Pacientes maiores de 18 anos;
- b. Pacientes entre 16 e 18 anos, com escore-z maior que +4 na análise do IMC por idade e epífises de crescimento consolidadas.⁹⁷

E pelo menos um dos critérios clínicos para aprovação da cobertura do procedimento listados no grupo II:

- a. Índice de Massa Corpórea (IMC) de 35 Kg/m² a 39,9 Kg/m², com comorbidades (doenças agravadas pela obesidade e que melhoram quando a mesma é tratada de forma eficaz) que ameacem a vida (diabetes, ou apneia do sono, ou hipertensão arterial, ou dislipidemia, ou doença coronariana, ou osteoartrites, entre outras) com falha no tratamento clínico realizado por, pelo menos, 2 anos;
- b. IMC de 40 Kg/m² a 49,9 Kg/m², com ou sem comorbidades; com falha no tratamento clínico realizado por, pelo menos, 2 anos;

93 ANS – LEGISLAÇÃO. **Anexo I da Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDAzMw==>. Acesso em: 21/03/2021.

94 ANS – LEGISLAÇÃO. **Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDAzMw==>. Acesso em: 21/03/2021.

95 ANS – LEGISLAÇÃO. **Anexo II da Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDAzMw==>. Acesso em: 21/03/2021.

96 Ibidem.

97 Ibidem.

c. IMC igual ou maior do que 50 Kg/m² .98

E nenhum dos critérios listados no grupo III, que são critérios de exclusão/negativa do procedimento:

- a. Pacientes com quadro de transtorno psiquiátrico não controlado, incluindo uso de álcool ou drogas ilícitas;
- b. limitação intelectual significativa em pacientes sem suporte familiar adequado;
- c. doença cardiopulmonar grave e descompensada que influenciem a relação risco/benefício;
- d. hipertensão portal, com varizes esofagogástricas; doenças imunológicas ou inflamatórias do trato digestivo superior que venham a predispor o indivíduo a sangramento digestivo ou outras condições de risco; 99
- e. síndrome de Cushing decorrente de hiperplasia na suprarrenal não tratada e tumores endócrinos.100

Com a atualização do Rol de Procedimentos e Eventos da ANS, RN nº 465, de 2021, a cirurgia bariátrica continua sendo de cobertura obrigatória, desde que cumprido os requisitos, dessa forma, conforme o Parecer Técnico nº 12/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021101, o procedimento de gastroplastia (cirurgia bariátrica) por videolaparoscopia ou via laparotômica, listado no Anexo I e II dessa Resolução Normativa, deve ser obrigatoriamente coberto por planos de saúde de segmentação hospitalar e por planos-referência, desde que cumpridos os requisitos das Diretrizes de Utilização.

Após a realização da cirurgia bariátrica, alguns pacientes observam a necessidade de realização de procedimentos reparadores pós-bariátrica, para tratar o excesso de pele, bem como de outros tecidos e comorbidades advindas desse excesso.

Nesta esteira, o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, editado pela ANS, menciona cobertura obrigatória a Abdominoplastia, em casos de pacientes que

98 Ibidem.

99 Ibidem.

100 Ibidem.

101 Google. **Parecer Técnico nº 12/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021**. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans-1>. Acesso em: 28/03/2021.

apresentem abdome em avental decorrente de grande perda ponderal em consequência de tratamento clínico para obesidade mórbida ou após cirurgia de redução de estômago, conforme descrito na DUT nº 18 102, é nesse sentido também o Parecer Técnico nº 10/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021103.

Entretanto, no que tange a procedimentos de Mastoplastia, há no Rol da ANS previsão de procedimentos cirúrgicos relacionados a plástica mamária, sendo restrito apenas nos casos previstos no art. 10-A da Lei nº 9.656/98104, que estabelece que as Operadoras de Planos de Saúde devem prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer.

É nesse sentido também o Parecer Técnico nº 19/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021105, quanto ao dever de cobrir procedimentos de Mastectomia e seus correlatos para além do acima exposto, também possui cobertura obrigatória quando indicada pelo médico assistente nas situações em que a mama oposta em paciente com câncer diagnosticado em uma das mamas ou exame genético indicar probabilidade de desenvolver câncer de

102ANS – LEGISLAÇÃO. **Anexo II da Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021.** Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDazMw> =. Acesso em: 21/03/2021.

103 GOV.BR/ANS – **Parecer Técnico nº 10/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021.** Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans-1>. Acesso em: 31/03/2021.

104 Art. 10-A. Cabe às operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º desta Lei, por meio de sua rede de unidades conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer. (Incluído pela Lei nº 10.223, de 2001)

§ 1º Quando existirem condições técnicas, a reconstrução da mama será efetuada no tempo cirúrgico da mutilação referida no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.770, de 2018)

§ 2º No caso de impossibilidade de reconstrução imediata, a paciente será encaminhada para acompanhamento e terá garantida a realização da cirurgia imediatamente após alcançar as condições clínicas requeridas. (Incluído pela Lei nº 13.770, de 2018)

§ 3º Os procedimentos de simetrização da mama contralateral e de reconstrução do complexo aréolo-mamilar integram a cirurgia plástica reconstrutiva prevista no caput e no § 1º deste artigo.

PLANALTO. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm. Acesso em: 21/03/2021.

105 GOV.BR/ANS. **Parecer Técnico nº 19/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021.** Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans-1>. Acesso em: 31/03/2021.

mama, e como procedimento complementar ao processo de transexualização, conforme Parecer Técnico nº26/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021106.

Quanto a plástica mamária, sendo elas associadas ou não ao uso de próteses e/ou expansores para reconstrução da mama, terá sua cobertura obrigatória quando indicadas pelo médico assistente para aqueles com diagnóstico ou de acordo com exame genético com probabilidade de desenvolvimento de câncer de mama e lesões traumáticas e tumores em geral que mutila a mama. Sendo de caráter obrigatório também a cobertura do procedimento de Mastoplastia em mama oposta após reconstrução da contralateral em casos de lesões traumáticas e tumores, ou seja, indicado quando o médico assistente entender necessário a cirurgia da outra mama, ainda que esta última esteja saudável. 107

Outro norte, o procedimento correção de gigantismo mamário, denominado de Mastoplastia ou Mamoplastia para Correção da Hipertrofia Mamária, não consta no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, da RN nº 465/21 da ANS, por isso, não há o que se falar sobre cobertura obrigatória. 108

Vale ressaltar que, a RN nº 465, de 2021, considera expressamente em seu art. 2º 109que para fins de cobertura o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde é taxativo, sendo, necessário atenção ao que estiver disposto no instrumento contratual firmado entre o beneficiário ou empresa contratante com a Operadora de Plano de Saúde, que esta última pode também oferecer procedimentos além dos constantes no Rol da ANS. E que no caso de planos antigos não adaptados à Lei nº 9.656/98, a cobertura de procedimentos somente será devida caso haja previsão nesse sentido no respectivo instrumento contratual.

Ademais, o respectivo Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde nada menciona sobre outros procedimentos reparadores pós-bariátrica mais procurados por pacientes

106 GOV.BR/ANS. **Parecer Técnico nº 26/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021.** Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans-1>. Acesso em: 31/03/2021.

107 GOV.BR/ANS. **Parecer Técnico nº 19/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021.** Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans-1>. Acesso em: 31/03/2021.

108 Ibidem.

109 Art. 2º Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde. ANS – LEGISLAÇÃO. **Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021.** Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDaZMw> ==. Acesso em: 21/03/2021

que realizaram a cirurgia bariátrica, como por exemplo, braquioplastia, cruroplastia, lipoaspiração e lifting facial.¹¹⁰

Dessa forma, pela maioria dos procedimentos possíveis de serem realizados em pacientes que já realizaram a gastroplastia não estarem expressamente no Rol de Procedimentos e Eventos, a ANS entende que estes não possuem cobertura obrigatória pela Operadora de Plano de Saúde, caso também não esteja abarcado a cobertura do (s) procedimento (s) no instrumento contratual firmado entre as partes, não cometendo dessa forma, infração às normas de saúde suplementar.

4 Entendimentos do poder judiciário sobre procedimentos reparadores pós bariátrica

Tendo em vista o entendimento da ANS pela não obrigatoriedade de cobertura para os procedimentos reparadores pós-bariátricos, os beneficiários não vislumbram outra alternativa senão o ajuizamento de ação judicial para fins de requerer a realização de tais procedimentos, bem como indenização por danos morais, em maior parte das vezes.

Diversas decisões do Poder Judiciário versam sobre a obrigatoriedade das Operadoras de Planos de Saúde em cobrir os procedimentos de pós bariátrica. Neste sentido, as jurisprudências dominantes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO NCPC. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. PLANO DE SAÚDE. PACIENTE PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA. DOBRAS DE PELE. CIRURGIAS PLÁSTICAS. NECESSIDADE. CARÁTER FUNCIONAL E REPARADOR. NÃO ESTÉTICO. DEVER DE COBERTURA. CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a pretensão

110 Maurício Carvalho. **Maurício Carvalho Cirurgião Plástico**. [S.I.]. Disponível em: https://drmauriciocarvalho.com.br/cirurgia_reparadora/pos-bariatrica/#:~:text=Abdominoplastia%20ou%20dermolipectomia%2C%20mamoplastia%2C%20braquioplastia,que%20fizeram%20a%20cirurgia%20bari%C3%A1trica. Acesso em: 25/02/2021.

de reforma da decisão não se coaduna com as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material contidas no art. 1.022 do NCPC. 3. Esta Corte de Justiça já teve a oportunidade de perfilhar o entendimento de que, tendo sido o segurado em tratamento de obesidade mórbida, com cobertura da seguradora, submetido à cirurgia bariátrica, deve a operadora do plano de saúde arcar com os tratamentos necessários e complementares ao referido ato cirúrgico, destinados à cura da patologia (AgRg no AREsp 583.765/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/5/2015, DJe de 22/6/2015). 3. Agravo interno não provido. (Agravo em Recurso Especial nº 1656178, Superior Tribunal de Justiça, Relator Min Moura Ribeiro, Data do Julgamento em 24/08/2020, Data de Publicação 27/08/2020 - DJE)111

PROPOSTA DE AFETAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. PACIENTE PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA. DOBRAS DE PELE. CIRURGIAS PLÁSTICAS. COBERTURA. NATUREZA E FINALIDADE DO PROCEDIMENTO. 1. Delimitação da controvérsia: definição da obrigatoriedade de custeio pelo plano de saúde de cirurgias plásticas em paciente pós-cirurgia bariátrica. 2. Recurso especial afetado ao rito do artigo 1.036 do CPC/2015. (Recurso Especial nº 1.870.834 – SP 2019/0286782-1, Superior Tribunal de Justiça, Relator Min Ricardo Villas Bôas Cueva, Data do Julgamento: 06/10/2020, Data de Publicação: DJe 09/10/2020)112

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. PLANO DE SAÚDE. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE E COERENTE PELA CORTE BANDEIRANTE. HIGIDEZ DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. RECUSA INDEVIDA DE PROCEDIMENTO MÉDICO. OBESIDADE MÓRBIDA. DEVER DE COBERTURA PELA OPERADORA. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O presente agravo interno foi interposto contra decisão publicada na vigência do NCPC, razão pela qual

111LEXML. **AgInt no AREsp 1656178/SP.** Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;aresp:2020-08-24;1656178-1971176>. Acesso em: 18/03/2021.

112 STJ. **ProAfr no RECURSO ESPECIAL Nº 1.870.834 – SP (2019/0286882-1).** Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902867821&dt_publicacao=09/10/2020. Acesso em 18/03/2021.

devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Não há que se falar em omissão ou contradição, na medida em que o Tribunal bandeirante, clara e fundamentadamente, dirimiu as questões que lhe foram submetidas. 3. Esta Corte já se posicionou no sentido de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não pode limitar o tipo de tratamento a ser utilizado pelo beneficiário. 4. A jurisprudência do STJ é de que, apesar de a ANS ter apenas incluído a dermolipectomia no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde para o tratamento dos males pós-cirurgia bariátrica, devem ser custeados todos os procedimentos cirúrgicos de natureza reparadora, para assim ocorrer a integralidade de ações na recuperação do paciente, em obediência ao art. 35-F da Lei nº 9.656/1998, Superior Tribunal de Justiça mormente porque tal terapêutica é fundamental à recuperação integral da saúde do usuário outrora acometido de obesidade mórbida, inclusive com a diminuição de outras complicações e comorbidades, não se configurando simples procedimento estético ou rejuvenescedor (AgInt no AREsp 1.434.014/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 26/8/2019, DJe 30/8/2019). 5. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo interno não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido. 6. Agravo interno não provido.(Recurso Especial nº 1863936 – SP 2020/0045076-7, Superior Tribunal de Justiça, Relator Min Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 24/08/2020, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2020)113

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. PACIENTE PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA. NEGATIVA DE COBERTURA. TRATAMENTO MÉDICO. ENTENDIMENTO DO

113 JUSBASIL. **AgInt no REsp 1013189-39.2018.8.26.0344 SP 2020/0045076-7**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/923410193/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1863936-sp-2020-0045076-7/inteiro-teor-923410205?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18/03/2021

TRIBUNAL DE ORIGEM EM HARMONIA COM A ORIENTAÇÃO DESTA CORTE. SÚMULA 83 DO STJ. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. "Havendo indicação médica para cirurgia plástica de caráter reparador ou funcional em paciente pós-cirurgia bariátrica, não cabe à operadora negar a cobertura sob o argumento de que o tratamento não seria adequado, ou que não teria previsão contratual, visto que tal terapêutica é fundamental à recuperação integral da saúde do usuário outrora acometido de obesidade mórbida, inclusive com a diminuição de outras complicações e comorbidades, não se configurando simples procedimento estético ou rejuvenescedor".(REsp 1757938/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019). 2. Em relação aos danos morais, a Corte de origem, com base nos fatos e provas dos autos, concluiu pela ocorrência do prejuízo moral, sendo inviável a revisão desse entendimento, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (Recurso Especial nº 1444751 – SP 2019/0032350-0, Superior Tribunal de Justiça, Relator Min Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 15/08/2019, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/08/2019)114

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. PACIENTE PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA. DOBRAS DE PELE. CIRURGIAS PLÁSTICAS. NECESSIDADE. CARÁTER FUNCIONAL E REPARADOR. EVENTOS COBERTOS. FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE ESTÉTICA. AFASTAMENTO. RESTABELECIMENTO INTEGRAL DA SAÚDE. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. VALOR INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. RAZOABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n.º 2 e 3/STJ). 2. As questões controvertidas na presente via recursal são: a) se a operadora de plano de saúde está obrigada a custear cirurgias plásticas pós-bariátrica (gastroplastia), consistentes na retirada de excesso de pele em algumas regiões do corpo humano (mamas, braços, coxas e abdômen), b) se ocorreu dano moral indenizável e c) se o valor

114 STJ – Revista Eletrônica da Jurisprudência. **AgInt no AREsp 1444751 (2019/0032350-0 – 21/08/2019)**
Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900323500&dt_publicacao=21/08/2019. Acesso em: 18/03/2021.

arbitrado a título de compensação por danos morais foi exagerado. 3. A obesidade mórbida é doença crônica de cobertura obrigatória nos planos de saúde (art. 10, caput, da Lei nº 9.656/1998). Em regra, as operadoras autorizam tratamentos multidisciplinares ambulatoriais ou indicações cirúrgicas, a exemplo da cirurgia bariátrica (Resolução CFM nº 1.766/2005 e Resolução CFM nº 1.942/2010). Por outro lado, a gastroplastia implica consequências anatômicas e morfológicas, como o acúmulo de grande quantidade de pele flácida residual, formando avental no abdômen e em outras regiões do corpo humano. 4. Estão excluídos da cobertura dos planos de saúde os tratamentos com finalidade puramente estética (art. 10, II, da Lei nº 9.656/1998), quer dizer, de preocupação exclusiva do paciente com o seu embelezamento físico, a exemplo daqueles que não visam à restauração parcial ou total da função de órgão ou parte do corpo humano lesionada, seja por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita (art. 20, § 1º, II, da RN/ANS nº 428/2017). 5. Há situações em que a cirurgia plástica não se limita a rejuvenescer ou a aperfeiçoar a beleza corporal, mas se destina primordialmente a reparar ou a reconstruir parte do organismo humano ou, ainda, prevenir males de saúde. 6. Não basta a operadora do plano de assistência médica se limitar ao custeio da cirurgia bariátrica para suplantar a obesidade mórbida, mas as resultantes dobras de pele ocasionadas pelo rápido emagrecimento também devem receber atenção terapêutica, já que podem provocar diversas complicações de saúde, a exemplo da candidíase de repetição, infecções bacterianas devido às escoriações pelo atrito, odores e hérnias, não qualificando, na hipótese, a retirada do excesso de tecido epitelial procedimento unicamente estético, ressaíndo sobremaneira o seu caráter funcional e reparador. Precedentes. 7. Apesar de a ANS ter apenas incluído a dermolipectomia no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde para o tratamento dos males pós-cirurgia bariátrica, devem ser custeados todos os procedimentos cirúrgicos de natureza reparadora, para assim ocorrer a integralidade de ações na recuperação do paciente, em obediência ao art. 35-F da Lei nº 9.656/1998. 8. Havendo indicação médica para cirurgia plástica de caráter reparador ou funcional em paciente pós-cirurgia bariátrica, não cabe à operadora negar a cobertura sob o argumento de que o tratamento não seria adequado, ou que não teria previsão contratual, visto que tal terapêutica é fundamental à recuperação integral da

saúde do usuário outrora acometido de obesidade mórbida, inclusive com a diminuição de outras complicações e comorbidades, não se configurando simples procedimento estético ou rejuvenescedor. 9. Em regra, a recusa indevida pela operadora de plano de saúde de cobertura médico-assistencial gera dano moral, porquanto agrava o sofrimento psíquico do usuário, já combalido pelas condições precárias de saúde, não constituindo, portanto, mero dissabor, ínsito às situações correntes de inadimplemento contratual. 10. Existem casos em que existe dúvida jurídica razoável na interpretação de cláusula contratual, não podendo ser reputada ilegítima ou injusta, violadora de direitos imateriais, a conduta de operadora que optar pela restrição de cobertura sem ofender, em contrapartida, os deveres anexos do contrato, tal qual a boa-fé, o que afasta a pretensão de compensação por danos morais. 11. Na hipótese, além de inexistir dúvida jurídica razoável na interpretação do contrato, a autora experimentou prejuízos com o adiamento das cirurgias plásticas reparadoras diante da negativa da operadora do plano de assistência médica, sobretudo porque agravou o estado de sua saúde mental, já debilitada pela baixa autoestima gerada pelas alterações anatômicas e morfológicas do corpo humano consequentes da cirurgia bariátrica, sendo de rigor o reconhecimento dos danos morais. Razoabilidade do valor fixado pelas instâncias ordinárias (R\$ 10.000,00 - dez mil reais), que não se encontra exagerado nem ínfimo. Atendimento da razoabilidade e dos parâmetros jurisprudenciais. Incidência da Súmula nº 7/STJ. 12. Recurso especial não provido. (Recurso Especial nº 1757938 – DF 2018/0057485-6, Superior Tribunal de Justiça, Relator Min Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 05/02/2019, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/02/2019)115

RECURSO ESPECIAL. SAÚDE SUPLEMENTAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANOS DE SAÚDE. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEITADOS. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA DEFENSORIA PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS EM SAÚDE

115 JUSBRASIL. **REsp 0094811-21.2016.8.07.0001 DF 2018/0057485-6**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/675073507/recurso-especial-resp-1757938-df-2018-0057485-6/inteiro-teor-675073533>. Acesso em: 18/03/2021.

SUPLEMENTAR. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM AGÊNCIA REGULADORA. NÃO CONFIGURADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. SUFICIÊNCIA DAS PROVAS. CIRURGIA DE RETIRADA DE PELES COMO DESDOBRAMENTO DA CIRURGIA BARIÁTRICA. NATUREZA REPARADORA. COBERTURA DEVIDA. DANOS MORAIS COLETIVOS. DÚVIDA RAZOÁVEL NA INTERPRETAÇÃO DA LEI DOS PLANOS DE SAÚDE. MERA INFRINGÊNCIA À LEI E NÃO AOS VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE EM MATÉRIA DE SAÚDE COMPLEMENTAR. 1. Ação ajuizada em 7/7/11. Sete recursos especiais interpostos entre 4/4/16 e 16/6/16. Autos conclusos ao gabinete em 15/8/19. 2. Ação civil pública, ajuizada pela Defensoria Pública estadual, na qual requer que seis operadoras de planos de saúde sejam compelidas: i) a autorizar, sempre que houver indicação médica, a cobertura de todas as espécies de intervenções cirúrgicas reparadoras pós-gastroplastia necessárias ao tratamento da obesidade mórbida de seus beneficiários, principalmente as seguintes cirurgias: mamoplastia e dermolipectomia abdominal, braquial e crural (retirada do excesso de pele sob o abdômen, braços e pernas); ii) dar publicidade da condenação; iii) pagar compensação por danos morais coletivos. 3. Os propósitos recursais consistem em dizer: da violação de dispositivos constitucionais; da negativa de prestação jurisdicional do Tribunal de origem; da ilegitimidade ativa ad causam da Defensoria Pública e inadequação da ação civil pública ante a ausência de interesses difusos coletivos ou individuais homogêneos; da formação de litisconsórcio passivo necessário entre operadoras de planos de saúde e Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); do cerceamento de defesa; se as cirurgias plásticas de retirada dos excessos de pele em pacientes que se submetem a cirurgia bariátrica configuram procedimento meramente estético, não cobertas pelo plano de saúde, nos termos do art. 10, II, da Lei 9.656/98; da fixação dos ônus da sucumbência; da condenação em danos morais coletivos. 4. É incabível recurso especial com o propósito de questionar violação a dispositivo constitucional. 5. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados em razões recursais impede o conhecimento do recurso especial, ante a falta do requisito de prequestionamento. 6. A deficiência de fundamentação, pela não indicação do art. 18, da Lei 7.347/85, importa no não conhecimento do recurso quanto a fixação da sucumbência em ação civil pública. 7. Rejeitam-se os embargos

de declaração, quando ausentes vícios de julgamento. 8. A Defensoria Pública tem legitimidade ativa para propor ação civil pública na defesa dos direitos individuais homogêneos dos beneficiários contra abusividades praticadas pelas operadoras de planos de saúde e administradoras de benefícios, nas relações contratuais envolvendo a saúde suplementar. 9. A discussão de cláusulas de plano de saúde e do alcance das suas coberturas não justifica a intervenção da ANS no processo, porque não há interesse jurídico da agência reguladora em controvérsias contratuais. 10. Afasta-se a alegação de cerceamento de defesa, quando as instâncias ordinárias reputam suficientemente instruído o processo, indicando as razões da desnecessária produção de outras provas ao desfecho do litígio. 11. É ilegítima a recusa de cobertura das cirurgias destinadas à remoção de tecido epitelial, quando estas se revelarem necessárias ao pleno restabelecimento do paciente, acometido de obesidade mórbida. 12. Os danos morais coletivos configuram-se na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, a qual dispensa a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo, o que é justificado pelo fenômeno da socialização e coletivização dos direitos, típicos das lides de massa. 13. Na hipótese, as condutas das operadoras de planos de saúde, ao negarem cobertura às cirurgias de mamoplastia e dermolipectomia após a bariátrica, estavam numa zona cinzenta de aparente legalidade, que só veio a ser esclarecida pela jurisprudência ao definir sua natureza reparadora e não meramente estética. Ausência de violação aos valores essenciais da sociedade em matéria de saúde suplementar. Danos morais coletivos não configurados. 14. Mantido o acórdão do Tribunal de origem, ante o não acolhimento de nenhum dos propósitos recursais veiculados em AREsp ou REsp. (Recurso Especial nº 1832004 – RJ 2019/0240574-9, Superior Tribunal de Justiça, Relatora Min Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 03/12/2019, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/12/2019)116

No mesmo sentido, além das decisões acima, o entendimento permanece o mesmo nos demais processos, como por exemplo:

116 JUSBRASIL. **REsp 0208573-55.2011.8.19.0001 RJ 2019/0240574-9**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859977165/recurso-especial-resp-1832004-rj-2019-0240574-9/inteiro-teor-859977175?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18/03/2021.

- Agravo de Instrumento-Cv, 1.0000.20.463058-6/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relatora Des. (a) Baeta Neves, Data de Julgamento 25/09/2020, 17ª Câmara Cível, Data de Publicação 25/09/2020117
- Agravo de Instrumento-Cv, 1.0000.19.056980-6/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relatora Des. (a) Renan Chaves Carreira Machado, Data de Julgamento 01/04/2020, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação 03/04/2020118
- Agravo de Instrumento-Cv, 1.0000.19.124354-2/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relatora Des. (a) José Arthur Filho, Data de Julgamento 27/05/2020, 9ª Câmara Cível, Data de Publicação 02/06/2020119
- Apelação Cível, 1.0210.18.005402-0/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relatora Des. (a) Alberto Henrique, Data de Julgamento 04/06/2020, 13ª Câmara Cível, Data de Publicação 19/06/2020120
- Agravo de Instrumento, 0080369-78.2020.8.19.0000, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relatora Des. (a) Francisco de Assis

117 TJMG – Espelho do Acórdão. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.463058-6/001**. Disponível em:

118 TJMG – Espelho do Acórdão. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.056980-6/001**. Disponível em:

119 TJMG – Espelho do Acórdão. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.124354-2/001**. Disponível em:

120 TJMG – Espelho do Acórdão. Apelação Cível 1.0210.18.005402-0/001. Disponível em:

Pessanha Filho, Data de Julgamento 24/02/2021, 14ª Câmara Cível, Data de Publicação 25/02/2021121

- Agravo de Instrumento, 0073637-81.2020.8.19.0000, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relatora Des. (a) Francisco de Assis Pessanha Filho, Data de Julgamento 10/02/2021, 14ª Câmara Cível, Data de Publicação 11/02/2021122
- Agravo de Instrumento, 2011681-98.2021.8.26.0000, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relatora Des. (a) Alexandre Coelho, Data de Julgamento 09/03/2021, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação 09/03/2021123
- Agravo de Instrumento, 2008639-41.2021.8.26.0000, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relatora Des. (a) Edson Luiz de Queiróz, Data de Julgamento 10/03/2021, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação 10/03/2021124
- Apelação Cível, 1024207-64.2019.8.26.0007, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relatora Des. (a) Alexandre Coelho, Data de Julgamento 10/03/2021, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação 10/03/2021125

Não obstante as decisões acima mencionadas, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou a Súmula nº 258 que afirma que os procedimentos de pós bariátrica possui caráter reparador.

Súmula da Jurisprudência predominante do TJRJ Nº. 258 "A cirurgia plástica, para retirada do excesso de tecido epitelial, posterior ao procedimento bariátrico, constitui etapa do tratamento da obesidade

121TJRJ. **Agravo de Instrumento n.º 0080369-78.2020.8.19.0000.** Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000402833EB9A0199E9CB3F5CA1986394D20C50E1F4E1E4F> . Acesso em: 18/03/2021.

122TJRJ. **Agravo de Instrumento nº: 0073637-81.2020.8.19.0000.** Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A8C8BE01BAF86A743AD0DF781E5681ACC50E17632654>. Acesso em: 18/03/2021.

123TJSP. **Agravo de Instrumento nº 2011681-98.2021.8.26.0000.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14435800&cdForo=0> . Acesso em: 18/03/2021.

124TJSP. **AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2008639-41.2021.8.26.0000.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14437768&cdForo=0>. Acesso em: 18/03/2021.

125TJSP. **Apelação nº 1024207-64.2019.8.26.0007.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14440301&cdForo=0>. Acesso em: 18/03/2021.

mórbida e tem caráter reparador. " Referência: Processo Administrativo nº 0032040-50.2011.8.19.0000. Julgamento em 16/01/2012. Relator: Desembargadora Letícia Sardas. Votação por unanimidade.126

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em sua Súmula nº 97, aprovadas pelo Colendo Órgão Especial que os procedimentos pós-bariátricos não possuem fins estéticos se devidamente indicado por um médico. A Súmula nº 102, deste mesmo Tribunal aduz ainda que a negativa de custeio de tratamento sob a alegação da sua natureza experimental ou por não estar previsto no Rol de Procedimentos e Eventos da ANS é abusiva.

Súmula 97: Não pode ser considerada simplesmente estética a cirurgia plástica complementar de tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica.127

Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.128

Nesta esteira, o Tribunal de Justiça de Pernambuco em sua Súmula nº 30, aduz que a negativa de cobertura dos procedimentos reparados pós cirurgia bariátrica é abusiva.

Súmula 030. É abusiva a negativa de cobertura da cirurgia plástica reparadora complementar de gastroplastia.

Referência Legislativa: LEG: FED LEI: 8078/1990 / CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ART: 47 ART: 51 INC: 4 PAR: 1 ART: 54 PAR: 4 LEG: FED LEI: 9656/1998.

PRECEDENTES: AI 116279-4 DECISÃO: 17/03/2006 DJ 77 DATA: 27/04/2006 / AI 132278-7 DECISÃO: 16/03/2006 DJ 68 DATA: 11/04/2006 / AI 90412-7 DECISÃO: 17/08/2005 DJ 173 de 13/09/2005

126TJRJ – **SÚMULA 258.** Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153102&integra=1. Acesso em: 18/03/2021.

127 TJSP. **SÚMULAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.** Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>. Acesso em 18/03/2021.

128 Ibidem.

/ AI 115389-1 DECISÃO: 13/01/2005 DJ 30 DATA: 16/02/2005 / AI 97035-8 DECISÃO: 02/09/2003 DJ 178 DATA: 19/09/2003129

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, entende ainda que é ilegítima a recusa de garantia de cobertura para tratamento de procedimentos reparadores.

Entendimento do TJDFT

É ilegítima a recusa da operadora do plano de saúde em cobrir as despesas para o tratamento de obesidade mórbida, observando-se os requisitos previstos nas normas da ANS e CFM. O tratamento é feito por intermédio de gastroplastia (cirurgia bariátrica) e abrange os procedimentos reparadores que dela decorram diretamente.130

Ainda, o TJDFT, nos autos do processo 0701803-44.2019.8.07.0000, decidiu-se que os procedimentos cirúrgicos pós-bariátricas devem ser cobertos, sendo ilícita a recusa. Sendo esses procedimentos necessários, e não estéticos.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIAS DE MAMOPLASTIA PARA CORREÇÃO DE LIPODISTROFIA. PROCEDIMENTOS PRESCRITOS EM DECORRÊNCIA DE EFEITOS DE CIRURGIA BARIÁTRICA. NATUREZA REPARADORA. RECUSA INDEVIDA. Comprovada a necessidade de procedimento cirúrgico considerado complementar à cirurgia bariátrica anteriormente realizada, a sua cobertura deve ser suportada pelo plano de saúde contratado, sendo ilícita a recusa. A realização de cirurgia plástica reparadora nas mamas para correção da lipodistrofia é uma continuação do tratamento de obesidade, o que inequivocamente apresenta caráter de procedimento necessário, e não estético.131

129 TJPE. **SÚMULAS DO TJPE**. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/documents/10180/0/-/08b9a5ff-0232-469a-bd24-d621219abf08>. P.52. Acesso em: 18/03/2021.

130TJDFT. **Plano de saúde – cirurgias bariátrica e plástica reparadora**. Entendimento do TJDFT. Última modificação: 19/02/2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-reiterada-1/direito-do-consumidor/plano-de-saude-cirurgia-bariatrica-e-plastica-reparadora#:~:text=Entendimento%20do%20TJDFT,normas%20da%20ANS%20e%20CFM>. Acesso em: 18/03/2021.

131TJDFT – SISTJWEB – Pesquisa Documentos Jurídicos. **AGRAVO DE INSTRUMENTO 0701803-44.2019.8.07.0000**. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controlador>

Dessa forma, é o entendimento majoritário do Poder Judiciário que os procedimentos pós bariátricos não possuem cunho estético, mas sim caráter necessário e reparador às consequências do procedimento de gastroplastia, devendo as Operadoras de Planos de Saúde, por terem o dever de preservar a integridade dos pacientes, custear o tratamento para aqueles beneficiários que possuem indicação médica para tal, não merecendo prosperar as recusas baseadas em sua natureza experimental ou por não estarem previstos no Rol de Procedimentos e Eventos da ANS, que também é considerado pelo Poder Judiciário meramente exemplificativo, por não ser fixado por lei, mas por Resolução Normativa emitida pela Diretoria Colegiada da ANS.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da presente pesquisa exploratória qualitativa realizada, é possível constatar que há uma divergência de entendimentos entre a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e o Poder Judiciário no que se refere à garantia obrigatória do custeio dos procedimentos pós bariátricos pelas Operadoras de Planos de Saúde.

Neste sentido, após a realização da cirurgia bariátrica, o paciente já estável e com um quadro de melhora na qualidade de vida, pode apresentar excesso de pele e comorbidades advindas desse excesso, como remédio a essa consequência, tem-se às cirurgias reparadoras pós bariátricas, para realizar cirurgias plásticas com o intuito de retirar o excesso de pele bem como de outros tecidos decorrentes do emagrecimento.

A ANS através da Resolução Normativa nº 465, de 2021, que estabelece o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, ou seja, listagem de procedimentos mínimos a serem garantidos pelas Operadoras de Plano de Saúde, inclui em seu anexo I a cirurgia bariátrica (gastroplastia por videolaparoscopia ou por via laparotômica) como procedimento obrigatório a ser garantido, desde que cumpridos os requisitos da DUT nº 27, contidos no Anexo II da respectiva Resolução Normativa.

No que tange aos procedimentos reparadores, a Agência entende que o procedimento de Abdominoplastia possui cobertura obrigatória nos casos em que os pacientes apresentem abdome em avental decorrente de grande perda ponderal em consequência de tratamento clínico para obesidade mórbida ou após cirurgia de redução

Id=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1163473. Acesso em: 18/03/2021.

de estômago, conforme descrito na DUT nº 18, anexo II da RN nº 465, de 2021. Quanto aos procedimentos de Mastoplastia, Mastectomia e seus correlatos, no Rol há previsão de cobertura obrigatória para o tratamento cirúrgico dos tumores de mama ou daqueles pacientes com alto risco de desenvolvimento de câncer nas mamas e também como procedimento complementar ao processo de transexualização.

Nesta esteira, o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde nada mais menciona sobre outros procedimentos reparadores pós bariátricos mais procurados, como por exemplo, braquioplastia, cruroplastia, lipoaspiração e lifting facial.

Dessa forma, conforme o art. 2º da RN nº 465, de 2021¹³², a ANS entende que para fins de cobertura, considera o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, bem como seus anexos, taxativo, podendo as Operadoras de Plano de Saúde oferecer cobertura a maior do que a obrigatória, não cometendo, portanto, infração às normas de saúde suplementar caso não ofereçam cobertura a maior do que a estabelecida no Rol.

Em contrapartida, o Poder Judiciário em sua jurisprudência dominante e súmulas de Tribunais de Justiça estaduais, entendem que os procedimentos pós bariátricos não possuem fins estéticos, se devidamente indicado por um médico, mas sim caráter reparador. E que a negativa de custeio de tratamento sob alegação de sua natureza experimental ou por não estar devidamente previsto no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS é abusivo, sendo este Rol meramente exemplificativo, por não ser fixado por lei, mas por Resolução Normativa emitida pela ANS. Por isso, as Operadoras de Planos de Saúde têm o dever de preservar a integridade e dignidade dos pacientes.

O maior objetivo deste estudo é demonstrar o entendimento da ANS e o entendimento do Poder Judiciário quanto a obrigatoriedade ou não de cobertura para os procedimentos reparadores pós bariátricos, bem como demonstrar a divergência desses entendimentos.

Verificou-se neste estudo que maior parte das solicitações advindas dos participantes, por meio judicial, serão atendidas pela justiça, sem grande ou nenhum aprofundamento no que tange à regulamentação sobre saúde suplementar.

132 Art. 2º Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde.

ANS – LEGISLAÇÃO. **Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDaZMw==>. Acesso em: 21/03/2021.

Logo, se as Operadoras de Plano de Saúde Suplementar estão obrigadas a cobrir o que consta no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde definidos pela ANS e caso não seja cumprido esta Operadora será punida, porque caso o beneficiário entenda que precisa de algo além da cobertura previamente prevista em contrato e/ou no Rol de Procedimentos, este beneficiário na maioria das vezes, ajuíza ação no Poder Judiciário para satisfazer sua vontade.¹³³

Por isso, pode-se concluir que às Operadoras de Plano de Saúde basta cumprir o que lhe é determinado pelo Poder Judiciário, ANS, entre outros agentes do sistema de saúde, sem ao menos levar em conta a questão da saúde financeira e econômica das Operadoras, principalmente, pela quantidade de ações ajuizadas.¹³⁴

Nesta esteira, caso o beneficiário faça uma reclamação na ANS pleiteando a cobertura obrigatória de alguns dos procedimentos pós bariátricos, não sendo o caso das hipóteses previstas como obrigatórios, a Operadora de Plano de Saúde não seria responsabilizada uma vez que não há previsão no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, não ferindo as normas de saúde suplementar. Por outro lado, caso o mesmo beneficiário ajuizasse uma ação no Poder Judiciário pleiteando a cobertura de procedimentos pós bariátricos, acompanhando a jurisprudência dominante, a Operadora de Plano de Saúde deverá cobrir tal procedimento, por não possuir caráter estético e sim complementar à cirurgia de gastroplastia.

Conclui-se deste estudo, portanto, mas longe de pretender alguma solução definitiva para o conflito de entendimentos entre a ANS e o Poder Judiciário no que se refere a garantia de cobertura dos procedimentos pós bariátricos, que há de fato, uma divergência de determinações por parte da Agência Reguladora e o Estado-Juiz quanto a obrigatoriedade ou não do custeio destes procedimentos reparadores.

GLOSSÁRIO

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ASBS - Sociedade Americana de Cirurgia Bariátrica

CFM – Conselho Federal de Medicina

133 CIRICO, Priscila Freitas, RESNER, A. A. R; RACHED, C. D. A. **OS IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE SUPLEMENTAR**. Revista Gestão em Foco, São Paulo, v. 1, n. 11, p. 1-16, 2019. Disponível em: https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2019/05/005_OS-IMPACTOS-DA-JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O-NA-SA%C3%9ADE-SUPLEMENTAR.pdf. Acesso em: 21/03/2021.

134 Ibidem.

CONSU – Conselho de Saúde Suplementar

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DIPRO – Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos (ANS)

DUT – Diretriz de Utilização (ANS)

GEAS – Gerência de Assistência à Saúde (ANS)

GGRAS – Gerência Geral de Regulação Assistencial (ANS)

IFSO - Federação Internacional de Cirurgia de Obesidade

IMC – Índice de Massa Corpórea

NCPC – Novo Código de Processo Civil

RDC – Resolução da Diretoria Colegiada

RN – Resolução Normativa

SBCB - Sociedade Brasileira de Cirurgia Bariátrica

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJPE – Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANS – LEGISLAÇÃO. **Resolução Normativa nº 439, de 3 de Dezembro de 2018.**

Disponível em:

<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzY1Nw==>. Acesso em: 12/04/2021.

ANS – LEGISLAÇÃO. **Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021.**

Disponível

em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDaZMw>==. Acesso em: 21/03/2021.

ANS – LEGISLAÇÃO. **Anexo I da Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021.** Disponível em:

http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/rn/rn465/Anexo_I_-_Rol_de_Procedimentos_RN_465.2021.pdf. Acesso em: 21/03/2021.

ANS – LEGISLAÇÃO. **Anexo II da Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021.** Disponível em:

http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/rn/rn465/Anexo_II_-_Diretrizes_de_Utiliza%C3%A7%C3%A3o_-_RN_465.2021.pdf. Acesso em: 21/03/2021.

ANS. O que o seu Plano de Saúde deve cobrir?. Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/o-que-o-seu-plano-de-saude-deve-cobrir>. Acesso em: 05/12/2020.

ANS. **O que é considerado um contrato de plano de saúde “novo” e um contrato “antigo” ?** Disponível em:

http://www.ans.gov.br/aans/index.php?option=com_centraldeatendimento&view=pergunta&resposta=46&historico=25825187. Acesso em: 25/02/2021.

ANS – **Quem somos.** Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>. Acesso em: 05/11/2020.

BRASIL, 1988 – **Constituição Federal.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05/11/2020.1.

CIRICO, Priscila Freitas, RESNER, A. A. R; RACHED, C. D. A. **OS IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE SUPLEMENTAR.** Revista Gestão em Foco, São Paulo, v. 1, n. 11, p. 1-16, 2019. Disponível em: https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2019/05/005_OS-IMPACTOS-DA-JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O-NA-SA%C3%9ADE-SUPLEMENTAR.pdf. Acesso em: 21/03/2021.

DI PIETRO, M. S. Z; **Direito Administrativo.** 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.1-1101.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. **Resolução nº 2.131, de 12 de novembro de 2015.**

Disponível em: https://www.in.gov.br/web/guest/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22175085/do1-2016-01-13-resolucao-n-2-131-de-12-de-novembro-de-2015-22174970. Acesso em: 05/12/2020.

FERRAZ; VIEIRA, 2008, apud SILVA, C. M. D. **Sistema de Saúde Privado: Políticas públicas regulatórias intersetoriais.** 1. ed. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2017. p.26).

FERRON, Fabiana. **Planos Privados de Assistência à Saúde:** Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. 1. ed. São Paulo/SP: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, 2002. p. 1-175.

GIANSANTE, Marcos Henrique. **O obeso e a cirurgia bariátrica:** Uma combinação que pode dar certo. 1. ed. São Paulo/SP: Editora Manole, 2014. p. 1-128.

GIANSANTE, Marcos. **Cirurgia bariátrica e para o diabetes:** Um guia completo. 1. ed. São Paulo/SP: MG Editores, 2018. p. 1-106.

GOV.BR/ANS. **Parecer Técnico nº 10/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021.** Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans-1>. Acesso em: 31/03/2021

GOV.BR/ANS. **Parecer Técnico nº 12/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021.** Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans-1>. Acesso em: 31/03/2021

GOV.BR/ANS. **Parecer Técnico nº 19/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021.** Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans-1>. Acesso em: 31/03/2021

GOV.BR/ANS. **Parecer Técnico nº 26/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021.** Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans-1>. Acesso em: 31/03/2021

GURFINKEL, Valter. **A cirurgia bariátrica e os planos de saúde.** Médicos Peritos. Out. 2018. Disponível em <https://www.medicosperitos.com.br/artigos/46/A-cirurgia-bariatrica-e-os-planos-de-saude>. Acesso em 14/10/2020.

JUSBRASIL. **AgInt no REsp 1013189-39.2018.8.26.0344 SP 2020/0045076-7.**

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/923410193/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1863936-sp-2020-0045076-7/inteiro-teor-923410205?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18/03/2021.

JUSBASIL. **REsp 0094811-21.2016.8.07.0001 DF 2018/0057485-6**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/675073507/recurso-especial-resp-1757938-df-2018-0057485-6/inteiro-teor-675073533>. Acesso em: 18/03/2021.

JUSBASIL. **REsp 0208573-55.2011.8.19.0001 RJ 2019/0240574-9**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859977165/recurso-especial-resp-1832004-rj-2019-0240574-9/inteiro-teor-859977175?ref=juris-tabs> . Acesso em: 18/03/2021

LEXML. **AgInt no AREsp 1656178/SP**. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;aresp:2020-08-24;1656178-1971176>. Acesso em: 18/03/2021

MAURÍCIO CARVALHO. **Maurício Carvalho Cirurgião Plástico**. [S.I.]. Disponível em: https://drmauriciocarvalho.com.br/cirurgia_reparadora/pos-bariatrica/#:~:text=Abdominoplastia%20ou%20dermolipectomia%2C%20mamoplastia%2C%20braquioplastia,que%20fizeram%20a%20cirurgia%20bari%C3%A1trica. Acesso em: 25/02/2021.

MONTONE, Januário. **Planos de Saúde: Passado e Futuro**. 1. ed. Rio de Janeiro/RJ: MedBook - Editora Científica LTDA., 2009. p. 1-200.

PLANALTO. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm. Acesso em: 21/03/2021.

SILVA, R. S. D; KAWAHARA, Nilton Tokio. **Cuidados Pré e Pós-Operatórios na Cirurgia da Obesidade**. 1. ed. Porto Alegre/RS: Editora AGE LTDA, 2005. p. 1-462.

STJ. **ProAfr no RECURSO ESPECIAL Nº 1.870.834 – SP (2019/0286882-1)** Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902867821&dt_publicacao=09/10/2020. Acesso em 18/03/2021

STJ – Revista Eletrônica da Jurisprudência. **AgInt no AREsp 1444751 (2019/0032350-0 – 21/08/2019)** Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900323500&dt_publicacao=21/08/2019 . Acesso em: 18/03/2021

TJDFT. **Plano de saúde – cirurgias bariátrica e plástica reparadora**. Entendimento do TJDF. Última modificação: 19/02/2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-reiterada-1/direito-do-consumidor/plano-de-saude-cirurgia-bariatrica-e-plastica->

TJPE. **SÚMULAS DO TJPE**. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/documents/10180/0/-/08b9a5ff-0232-469a-bd24-d621219abf08>. P.52. Acesso em: 18/03/2021

TJRJ. **Agravo de Instrumento n.º 0080369-78.2020.8.19.0000**. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000402833EB9A0199E9CB3F5CA1986394D20C50E1F4E1E4F> . Acesso em: 18/03/2021

TJRJ. **Agravo de Instrumento n.º: 0073637-81.2020.8.19.0000**. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A8C8BE01BAF86A743AD0DF781E5681ACC50E17632654>. Acesso em: 18/03/2021

TJRJ – **SÚMULA 258**. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153102&integra=1. Acesso em: 18/03/2021

TJSP. **Agravo de Instrumento n.º 2011681-98.2021.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14435800&cdForo=0> . Acesso em: 18/03/2021

TJSP. **AGRAVO DE INSTRUMENTO n.º 2008639-41.2021.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14437768&cdForo=0>. Acesso em: 18/03/2021

TJSP. **Apelação n.º 1024207-64.2019.8.26.0007**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14440301&cdForo=0>. Acesso em: 18/03/2021

TJSP. **SÚMULAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>. Acesso em 18/03/2021

IMPACTOS DO ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E MECANISMOS DE COMBATE

JÔNATAS CORDEIRO ROCHA:
Bacharelado do curso de direito no Centro
Universitário Católica do Tocantins.

RESUMO: Busca a presente pesquisa abordar sobre a prática de assédio moral nas relações de trabalho e a repercussão causada por esta conduta ilegal. Serão abordados fatos históricos relevantes que influenciam para a propagação dessa prática no meio ambiente de trabalho, trazendo o conceito, os impactos do assédio moral nas relações de trabalho e as possíveis medidas de enfrentamento. Será ressaltado como a cultura escravista brasileira influencia nas relações de trabalho, e que, em consequência disto, vê-se, a todo instante trabalhadores cada vez mais submetidos a situações que atem contra sua própria dignidade. Outra preocupação é a influência na vida privada do trabalhador, de modo que sua saúde por muitas vezes é afetada pelo seu meio ambiente de trabalho. Aponta-se que um meio ambiente de trabalho saudável, é um direito constitucionalmente assegurado ao trabalhador, por meio de medidas de enfrentamento e mecanismos de combate, os quais cooperam no desenvolvimento de políticas organizacionais que protegem o trabalhador. Dentre as medidas de enfrentamento que serão abordadas, temos o Compliance Trabalhista, que é um dos instrumentos atuais que mais tem apresentado um resultado satisfatório, pois trata-se de um mecanismo de integridade para as relações trabalhistas, por meio da qual são implementados instrumentos como canal de denúncia, regulamento interno, políticas internas e código de conduta, capazes de estabelecer os limites legais e morais das ações da gestão e superiores hierárquicos, bem como dos próprios trabalhadores.

Palavras-chave: Assédio moral; compliance; relações de trabalho.

ABSTRACT: This research seeks to address the practice of moral harassment in labor relations and the repercussions caused by this illegal conduct. They will be relevant historical information that influence the spread of this practice in the work environment, bringing the concept, the impacts of moral harassment on work relationships and as possible coping measures. It will be emphasized how the Brazilian slavery culture influences labor relations, and that, because of this, workers are increasingly seen as occurring more and more against their own dignity. Another concern is the influence on the worker's private life, so that his health is often affected by his working environment. It is pointed out that a healthy work environment is a constitutionally guaranteed right to the worker, through coping measures and combat mechanisms, which cooperate in the development of organizational policies that protect the worker. Among the coping measures that are addressed, we have Labor Compliance, which is one of the current instruments that has shown the most satisfactory results, as it is a mechanism of integrity for labor relations, through which instruments are implemented as a channel denunciation, internal

regulations, internal policies and code of conduct, capable of establishing the legal and moral limits of the actions of senior management and senior managers, as well as of the employees themselves.

KEDWORDS: Moral Harassment; Compliance; Work relationships

INTRODUÇÃO

As mudanças que acontecem nas relações de trabalho são inúmeras e são derivadas das crises globais que aniquilam a sociedade como um todo. Não certo de que em um futuro breve, haverá emprego para manutenção da vida de sua família trabalhadores que se prestem a papéis desumanos e degradantes, vindo a sofrer danos psicológicos e até mesmo físicos, muitas delas irreparáveis, bem como a evolução e o desenvolvimento humano.

O presente trabalho tem por finalidade explicitar sobre a prática de assédio moral nas relações de trabalho e demonstrar que apesar do número de ações com essa temática após a reforma trabalhista ter diminuído, na realidade dos fatos esta conduta no ambiente de trabalho teve um crescimento significativo de novos casos.

Sendo assim visa despertar a preocupação geral e apresentar medidas que podem ser adotadas para mitigar e até mesmo erradicar os efeitos concernentes ao fenômeno atribuindo como tema a pesquisa: Assédio moral nas relações de trabalho: Medidas de enfrentamento e proteção a atividade empresarial e ao trabalhador palmense.

Para a sociedade, a importância de abordar neste projeto tal tema estar vinculado a função social do curso de direito, que também é informar o público com informações fidedignas e estar a par da situação para que não incorra a ser vítima muito menos agressor e por entender que uma sociedade bem informada é uma sociedade evolutiva.

Para a construção de um trabalho científico é necessário delimitar os métodos e procedimentos a serem utilizados que nortearão a construção dos argumentos que irão fundamentar a pesquisa. Desta forma, é de suma importância, intensificar a fundação da metodologia científica para os estudos acadêmicos na universidade.

Tendo em vista que a presente pesquisa tem como finalidade proporcionar mais informações sobre o assunto, ou seja, criar uma maior familiaridade com o problema da pesquisa, bem como pretende demonstrar o modo ou as causas pelas quais o fato é produzido e assim classificar -lá como pesquisa básica estratégica.

Outrossim, quanto aos objetivos da pesquisa adota a forma exploratória, pois pretende examinar o tema de pesquisa que é pouco estudado, para que assim ampliem-se as investigações acerca do objeto de estudo buscando novos entendimentos.

Utiliza-se de procedimentos técnicos como a pesquisa bibliográfica através da utilização de materiais já publicados de origem conhecida e renomada para agregar credibilidade, tais como artigos científicos, teses, revistas especializadas, livros doutrinários, e das jurisprudências que versam acerca do tema. A abordagem do assunto fora realizada de forma qualitativa, tendo como ambiência natural é a nascente direta de contribuição.

Quanto ao forma de abordagem, consiste ainda o método científico hipotético-dedutivo, por se tratar de uma formatação aonde nos induz o caminho deste estudo, uma vez que ao ser iniciado pela formulação de uma problemática e com conceitos descritos de forma objetiva, para que assim haja o favorecimento ao alcance sintetizado dos demais conhecimentos, bem como de outros aprendizados que serão relevantes ao problema.

Assim sendo, os métodos escolhidos para nortear fundamentar a formação do trabalho científico irão aprimorar e estruturar o processo de pesquisa de maneira que as ideias poderão ser traduzidas através da elaboração do projeto de pesquisa, levando ainda ao conhecimento dos elementos constitutivos da pesquisa científica.

Quanto a estrutura dos capítulos irá iniciar sobre o assédio moral nas relações de trabalho, contexto histórico e conceito, impactos do assédio moral nas relações de trabalho. No segundo capítulo serão abordadas as medidas de enfrentamento e os mecanismos de combate no que tange ao canal de denúncia, código de conduta, regulamento e políticas internas e compliance.

1. ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

É de conhecimento geral que a crise econômica afetou o emprego e a renda em diversas casas brasileiras. Diante disso, as pessoas que atualmente se encontram em uma relação de trabalho passaram a se submeter as mais diversas condições, ainda que degradante e humilhante para assegurar que não perderão seus postos de trabalho.

A ligação entre o indivíduo e seu trabalho tem se tornado cada vez mais forte, de modo que ao se apresentar na sociedade, normalmente se identifica com a sua profissão. (VILLATORI; VILLATORI, 2019).

Nessa conjuntura o Direito do Trabalho atuando como responsável pela guarda e proteção dos direitos trabalhistas e da relação jurídica existente entre empregado e empregador, surge como garantidor da preservação dos direitos humanos, da dignidade humana e da intangibilidade física e psíquica nas relações de trabalho

No entanto, com o auto índice de desemprego no país, as pessoas passaram a se conformar com condições de trabalho precárias, informais e que vão defronte à legislação trabalhista. De igual modo, o medo do desemprego passou a fazer parte da vida do brasileiro fazendo com que se renda a humilhações, cobranças excessivas e situações vexatórias no seu local de trabalho. Já dizia Barreto (2000, p. 144) que “o medo de perder o emprego aumenta a dependência da empresa, entregando-se (o sujeito) à produção e silenciando a própria dor”.

Villatori e Vilalorti (2019, p. 9-10) aduz que:

A população aumentando rapidamente, a sofisticação dos maquinários e demais equipamentos tecnológicos colocados a serviço da produção, somados às diversas crises macroeconômicas, não houve como equacionar satisfatoriamente a questão do trabalho, o que implicou em mudanças substanciais nas questões ligadas a ele, principalmente nas relações formais de emprego, que não conseguiram ser ampliadas ou sequer mantidas nos padrões desejados pelo Estado de bem estar social, que está cada vez mais ruindo.

No outro lado, existe a figura do empresário que com o passar do tempo aumenta suas metas a fim de haver um crescimento físico de sua corporação, que deveria ser uma expansão salutar para ambas as partes (empregador e empregado) aonde os dois lados ganham desta relação. No entanto, o homem de negócio subjuga e passa a exagerar em suas cobranças, uma vez que é cobrado por um fator social de desmontar desenvolvimento estrutural, organizacional de sua empresa, passando de limites físicos, mentais e éticos.

1.1. Contexto histórico e conceitos

O assédio moral possui contornos lamentáveis, resultado de uma cultura escravista e discriminatória de tempos em que só precisavam trabalhar os mais pobres e necessitados e, portanto, mereciam ser humilhados e dominados.

Neste contexto, encontramos a figura do assédio moral no meio ambiente de trabalho, que pode ser definido como sendo “uma conduta insistente inconveniente, persistente e duradoura em relação a alguém, perseguindo, abordando ou cercado essa” (DICIO, 2020).

No ambiente de trabalho Alice Monteiro de Barros (2016, p. 603) define o assédio moral como sendo o terror psicológico realizado de forma sistemática e com frequência em relação a uma pessoa ou a um grupo de pessoas no local de trabalho.

Mauricio Godinho Delgado (2014, p. 670) por sua vez traz a seguinte definição para assédio moral:

Conduta reiterada seguida pelo sujeito ativo no sentido de desgastar o equilíbrio emocional do sujeito passivo, por meio de atos, palavra, gestos e silêncios significativo que visem ao enfraquecimento e diminuição da alta estima da vítima ou a outra forma de tensão ou desequilíbrio emocionais graves.

Diante de toda essa análise podemos entender que o assédio moral praticado no meio ambiente de trabalho é uma conduta abusiva que fere a dignidade física e psicológica do indivíduo assediado.

Em consequência disso, órgãos responsáveis pela administração da justiça como o Conselho Nacional de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Conselho Nacional Ministério Público Federal desenvolveram projetos que visam trazer conhecimento e informação a população acerca do assédio moral, através da elaboração de cartilhas que orientam como identificar tal prática no meio ambiente de trabalho, os reflexos na vida do assediado, as consequências para o assediador, bem como as formas de combate.

O assédio moral pode ser classificado de acordo com a sua abrangência e tipologia. Quanto à abrangência o assédio moral pode ser dividido em interpessoal e institucional. O interpessoal é aquele praticado de forma direta, individual e pessoal com o intuito de prejudicar ou eliminar o relacionamento do empregado com o grupo de trabalho. O institucional, por sua vez, processa-se quando a própria pessoa jurídica desenvolve uma cultura institucional de humilhação, tolerando o assédio e até mesma sendo autora da agressão (TST, 2019).

Quanto à tipologia o assédio moral pode ser vertical, horizontal e misto. O assédio vertical apresenta-se entre pessoas de nível hierárquico distinto e subdivide-se entre descendente e ascendente. No descendente temos a figura dos superiores hierárquicos abusando do seu poder diretivo com relação aos seus subordinados. Já o ascendente, no que lhe diz respeito, é aquele ocasionado pelos subordinados em relação aos superiores hierárquicos por meio de práticas omissivas ou atitudes intencionais com a finalidade de prejudicá-lo. O assédio moral horizontal é aquele praticado entre pessoas do mesmo nível hierárquico, geralmente instigado pelo clima de competição entre colegas. O assédio misto

trata-se da acumulação do assédio moral vertical e horizontal, ou seja, o indivíduo sofre com excessos dos superiores e de colegas (TST, 2019).

Levando em consideração os aspectos apresentados, busca-se entender quais as consequências e reflexos que a prática de assédio moral no ambiente de trabalho pode gerar na vida privada do assediado e na cultura organizacional da empresa. É importante destacar que das tipologias acima apresentadas, o assédio moral descendente é o mais comum e será o alvo dessa pesquisa.

1.2. Impactos do Assédio Moral nas Relações de Trabalho

As agressões sofridas pelo indivíduo que é alvo do assédio moral, geralmente são de ordem verbal, o que dependendo do nível da humilhação sofrida pelo trabalhador deixa marcas em sua memória por toda a vida. Tais aspectos podem levar ao desenvolvimento de síndrome do pânico, *stress*, depressão, síndrome de *burnout* dentre outras doenças psicológicas. Agressões verbais praticadas de forma reiteradas representam uma violação da dignidade humana constituindo uma agressão moral e psicológica, margeando a possibilidade de tutela jurisdicional por meio da caracterização do assédio moral (LIMA; LIMA, 2016).

Além disso, práticas irracionais no ambiente de trabalho resultam em prejuízos financeiros grandiosíssimos para a empresa. É o que se vê na recente decisão da 7ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região que condenou uma empresa Taubaté – SP ao pagamento de R\$ 180.000,00 a título de danos morais após dois superiores terem passado fita crepe nos pulsos da reclamante e em seus próprios braços, prendendo a funcionária a eles e, após “desfilaram com ela pela linha de produção” e exclamando que “todos deveriam saber o que se faz com empregado fujão”. A situação que ensejou o ocorrido foi a empregada ter saído mais cedo do trabalho no dia anterior. (ANGELO, 2020)

Como já exposto, a crise política e econômica vivenciada pelo Brasil nos últimos anos impactou severamente as relações de trabalho e culminou na necessidade de uma reforma desse ramo do direito. Surge então a Reforma Trabalhista inserida no ordenamento jurídico através da Lei 13.467/2017, sancionada em julho de 2017, e que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, que veio com o objetivo de melhorar as relações de trabalho, porém tornou a situação em torno da prática do assédio moral mais gravosa.

Previsões tanto de direito material quanto processual que asseguravam o trabalhador passaram por reformulações, tornando essa relação mais instável. Para Vólia Bomfim (2018), as alterações feitas pela reforma trabalhista favorecem o empresário,

suprimiram ou reduziram os direitos dos empregados, autorizando a ampla flexibilização por norma coletiva e a terceirização.

É o que vemos através da flexibilização do processo de demissão, admitindo celebração de acordo entre o empregado e o empregador onde está passa a sacar 80% do FGTS, acrescido da multa e recebe metade do aviso prévio se for indenizado. Porém, perde o direito a percepção do seguro-desemprego. O direito a percepção de 30 dias de férias por ano que outrora podiam ser divididos em no máximo duas vezes, passou por alterações e agora artigo 134, no §1º da CLT, autoriza o fracionamento em até três períodos o gozo das férias, desde que o empregado concorde (BOMFIM, 2018). Entretanto, sabemos que essa concordância na realidade dos fatos, costuma ser imposta.

No que diz respeito ao direito processual, uma das mudanças que mais causou impacto foi a previsão de pagamento de honorários pelo trabalhador em caso de sucumbência total ou parcial no processo trabalhista, transferindo para esse o ônus dos custos de causas perdidas na justiça do trabalho.

Em notícia publicada pelo TST em 2018 sobre os efeitos da reforma trabalhista um ano após sua vigência a Coordenadoria de Estatística do TST, afirmou que entre janeiro e setembro de 2017, as Varas do Trabalho receberam 2.013.241 reclamações trabalhistas. Entretanto, no mesmo período de 2018, o número caiu para 1.287.208 reclamações trabalhistas.

Os mesmos dados se percebem ao analisar o ranking de assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho desde 2018. As ações que procuravam a responsabilização do empregador pela prática de assédio moral no ano de 2018 foram 113.945 em todo país, já em 2019 este número caiu para 112.022 processos.

Um comparativo entre o ano de 2016, antes da reforma e ano de 2019 após a reforma apontam uma queda drástica nas ações referentes a assédio moral. Dados do TST demonstram que em janeiro de 2016 foram protocoladas 11.088 ações versando sobre o assunto, já no mesmo período de 2019 este quantitativo caiu para 3.358 ações. Estudiosos associam essa abrupta queda a necessidade de pagamento dos honorários sucumbência pelo trabalhador. Já houve casos em que magistrados determinaram que trabalhadores pagassem os honorários sucumbenciais em demandas judiciais que ultrapassaram R\$ 2,2 milhões. (BATISTA, 2019)

Tendo em vista que as provas de algumas condutas que configuram o assédio moral são muito difíceis e, que cabe ao assediado levantar indícios que levam a uma razoável suspeita (BARROS, 2016), percebemos a desvantagem quando a vítima é o trabalhador, parte mais fraca da relação.

Como já explorado acima, o assédio moral para ser caracterizado necessita que a conduta praticada pelo agente agressor seja reiterada, ou seja, não se configura assédio moral se o ato for praticado de forma isolada. É o que aduz João Daniel Daibes Resque (2016, p. 162) ao dizer que:

*O assédio moral não se caracteriza por uma única conduta abusiva isolada, mas ao contrário disso, por um conjunto de atos lesivos à moral do trabalhador, que por sua repetição causam dor e sofrimento psíquico ao sujeito assediado. **Este, aliás, é um dos aspectos que tornam mais difícil a comprovação do assédio moral, em juízo, por exemplo. Ou seja, há grande dificuldade de se conseguir reunir um conteúdo probatório suficiente para caracterizar que o ato lesivo à moral do trabalhador não se tratou de um evento isolado, mas desenvolve-se como um conjunto de atos sistemáticos, que juntos temo objetivo de perseguir e minar a moral do trabalhador. (grifo nosso)***

Além disso, o dano causado ao trabalhador agredido é na maioria das vezes imaterial, tornando a prova ainda mais difícil, pois cabe a ele demonstrar o quanto aquela agressão impactou em sua vida.

Embora o art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) tenha a previsão de rescisão indireta no caso do trabalhador ser tratado com rigor excessivo, sofrer perigo manifesto de mal considerável, haver o descumprimento de obrigações legais ou contratuais por parte do empregador, exigência de serviços superiores as forças do trabalhador e a ofensa a honra e boa fama, tratam-se, na maioria de circunstâncias de cunho subjetivo, pois cada indivíduo tem a sua forma de visualizar as atitudes a ele direcionadas.

Dessa forma, para que o trabalhador consiga gerar convencimento no magistrado acerca do ocorrido torna-se uma tarefa árdua e que pode prejudicar mais ainda a vida emocional do agredido para que ainda corra o risco de não lograr êxito na demanda e ter que se vê desembolsando valores para arcar com as despesas do processo.

2. MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO E MECANISMOS DE COMBATE

O empresário da atualidade deve se ater que o modelo de gestão que sacrifica seus funcionários em nome do lucro está falido, pois o país vive em um cenário que a população está cada vez mais atrás de reduzir a corrupção e a violação de direitos dentro e fora das

organizações. Villatori e Villatori (2019, p. 9) afirma que “Mais importante que o lucro irracional, ou a manutenção constante nesse sentido, é se pensar em ter o lucro, é claro, mas se cuidando do trabalhador, para manutenção de um meio ambiente laboral saudável”

Quando o empregador não observa e cuida do ambiente de trabalho a agressão praticada se torna organizacional. E esta violência dentro do meio organizacional gera efeitos em várias searas da vida individual do trabalhador, que se depara com direitos fundamentais sendo desprezados sem o mínimo remorso pelo sistema capitalista que está em busca lucro a qualquer custo e, que coisifica o homem. (MENESES; CARNEIRO, 2016).

Tal afirmação é verdadeira, visto que as novas tecnologias e as redes sociais uniram as pessoas ainda que distantes umas das outras, de modo que ao identificarem uma injustiça, rapidamente a notícia se propaga. É indiscutível que uma notícia espalhada que determinada empresa prática ou permite condutas de violência contra seus funcionários seria altamente prejudicial à imagem e aos lucros. Portanto, o empregador deve ter um olhar voltado para seus trabalhadores como sendo parte integrante de seus lucros que desejam cuidar e não perder e, que a imagem de uma gestão que valoriza seus trabalhadores será extremante positiva perante a sociedade.

Para que tais práticas não aconteçam nas instituições, tem-se a disposição algumas ferramentas que servem não apenas para o combate ao assédio moral, bem como o funcionamento legal de toda a empresa. A que mais se destaca neste meio é o compliance, que quer dizer “agir de acordo com” traz um leque de áreas a serem reguladas por leis e normas regulamentadoras da instituição, da mesma maneira, as relações de trabalhista não ficam de fora. (CURI; PENA, 2019)

2.1 Compliance

O compliance trabalhista é uma ferramenta de combate a corrupção nas relações de trabalho estabelecendo um princípio ético e de integridade empresarial e possui algumas ferramentas que podem ser implantas juntas ou separadamente. Se tratando do combate ao assédio moral, temos que uma das mais eficazes é o canal de denúncia no qual o trabalhador faz uso sem nenhuma forma de retaliação, por se tratar de um diálogo anônimo e confidencial, necessitando de apresentar poucas informações, tais como localização e data. Além disso, não serve exclusivamente para denunciar o assédio moral, mas corrupções ou qualquer outra forma de violação ética e legal.

A implementação de um *compliance* trabalhista requer atenção da empresa, na medida em que se faz necessário reconhecer a existência de condutas antiéticas no ambiente laboral. Para que o programa seja eficaz, portanto, cabe à empresa, aliada com o departamento de gestão de pessoas, a identificação de condutas, inclusive práticas de

assédio, que se conflitam aos princípios da instituição para, então, elaborar um código de conduta. (BARACAT, ZAGONEL, 2018)

Por conseguinte, a mera implantação não traz a um resultado satisfatório, uma vez que todos são parte do processo de melhoria se faz necessário a compromisso da empresa, departamentos e líderes, ou seja, todos envolvidos estejam em sintonia com o programa, bem como manuseia bem o que é detalhado nos códigos, com a finalidade de que possam reconhecer atitudes antiéticas.

2.1.1 Canal de Denúncia e Políticas Internas

O objetivo principal do compliance em uma empresa, não é meramente implantar mais programa em que a corporação ostente, mas que mude toda a cultura de tal companhia a ponto de haver uma familiaridade com tais processos, para isso, se faz necessário a constante ênfase do assunto, explicando como funciona e procedimentos a serem tomados, bem como facilitado acesso ao canal de denúncia, se possível, ter o anonimato.

Dentre as ferramentas de maior importância para o *compliance* trabalhista estão os canais de denúncia (anônimos ou não). Por meio deste mecanismo os empregados podem direcionar possíveis indícios de atos antiéticos ao setor responsável, para então dar-se início à investigação. Por se tratar de denúncias, na grande maioria das vezes, envolvendo pessoas físicas, o setor responsável deve aplicar todas as medidas cabíveis de preservação dos direitos da personalidade do investigado, visando não configurar excessos ou ofensas. (BARACAT, ZAGONEL, 2018)

Um exemplo de instrumento que as corporações têm ao seu alcance são as políticas internas, dito de outro modo, são o conjunto de normas que a empresa em consonância com a lei elenca uma relação de condutas para que seus colaboradores tenham uma direção, expressando a cultura da empresa, os comportamentos organizacionais, ações setoriais, dentre outros.

CONCLUSÃO

Tendo em vista todos os aspectos observados, pode-se perceber que o assédio moral se trata de uma prática ainda bastante presente nas atuais relações de trabalho. Apesar da evolução social, a cultura escravista ainda está bastante enraizada na relação empregador-empregado, de maneira que o tomador do serviço por muitas vezes ainda se considera como um verdadeiro proprietário do trabalhador.

A crise econômica e o alto índice de desemprego facilita a propagação desta prática ilícita, pois a necessidade de subsistência impõe ao trabalhador que se submeta às imposições realizadas pelo seu empregador, se tornando um verdadeiro refém do medo de perder a fonte de subsistência de sua família.

O medo do desemprego é uma das principais razões que fazem com que o trabalhador se submeta a um meio ambiente de trabalho precário, vexatório e por vezes doentio, capaz de repercutir em danos ao patrimônio imaterial deste trabalhador, seu psicológico. Muitos trabalhadores, para manterem seus postos de trabalho, se submetem a humilhações, cobranças excessivas, metas inalcançáveis, horário de trabalho infundáveis.

Jargões como: "Ninguém é insubstituível", "Na fila do desemprego existem vários que querem seu lugar", "Emprego não está fácil de conseguir", parecem estar se tornando os argumentos mais fatais para gerar no trabalhador a ideia de que devem sempre estar à disposição do empregador.

É importante destacar que a empresa que submete os seus trabalhadores a situações de assédio moral, sem a criação de políticas de combate a este ato ilegal, mais cedo ou mais tarde colherá frutos negativos dessa conduta para o seu negócio.

Diante deste cenário é indispensável a adoção de mecanismos que irão proteger tanto o empregado, quanto o empregador, pois um meio ambiente de trabalho equilibrado, traz resultados positivos tanto ao trabalhador, como também a empresa. Um trabalhador que desfruta de um ambiente de trabalho saudável, apresenta resultados muito mais satisfatórios para a empresa.

Diversas ferramentas estão à disposição da classe empresarial para que se utilizem a fim de desenvolver uma cultura e clima organizacional saudáveis para seus trabalhadores, aonde se ver o crescimento mútuo, evitando o desgaste com demandas judiciais, afastamentos constantes por doenças ocupacionais, alta rotatividade de funcionários, grande número de apresentação de atestados médicos e má reputação da empresa.

O empresário da atualidade, se preocupa com seus funcionários e com o meio ambiente de trabalho a eles oferecidos, bem como com a implementação de um modelo de gestão de ética, segurança e proteção ao trabalhador e também da visibilidade que a sociedade tem de sua empresa, ou seja, a população que ao ver uma companhia não zelar por seus clientes internos, por primazia, entende que ela não valoriza os seus clientes externos, porque uma organização não é medida por sua estrutura física e sim por "clientes" satisfeitos.

O Compliance Trabalhista tem se mostrado como uma ferramenta atual de gestão de riscos empresariais e, conseqüentemente para classe trabalhadora. Esta ferramenta tem

por pilar, a implementação de uma cultura organizacional de integridade, onde procurasse zelar pela prática de boas condutas organizacionais de proteção ao trabalhador. Nesta ferramenta, são usados instrumentos como a criação de canal de denúncia, regulamento interno, políticas internas e código de conduta, capazes de estabelecer os limites legais e morais das ações da gestão e superiores hierárquicos, bem como dos próprios trabalhadores.

Se todo empregador compreendesse a importância da adoção de tais medidas de combate de práticas ilícitas nas relações de trabalho, bem como entende-se como a implementação dessas medidas trariam significativos benefícios para sua atividade empresarial, provavelmente não existiriam tantos casos de escândalo envolvendo empresas de pequeno, médio e grande porte em situações de assédio moral, bem como tantos trabalhadores submetidos as mais diversas situações de humilhação e de degradação psicológica e emocional.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. **Funcionária negra que teve pulso amarrado por sair mais cedo será indenizada**. 2020. Disponível em:

<http://www.granadeiro.adv.br/clipping/2020/05/13/funcionaria-negra-que-teve-pulso-amarrado-por-sair-mais-cedo-sera-indenizada>. Acesso em: 14 maio 2020

BARACAT, Eduardo Milléo; ZAGONEL, Marina. COMPLIANCE E ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO: ANÁLISE DO PROGRAMA DA COMPANHIA PARANAENSE DE ENERGIA – COPEL. **Percurso - Anais do VIII Conbradec Workshops**: Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania, Curitiba, v. 04, n. 27, p. 455-477, maio 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3182>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BARIFOUSE, Rafael. **Metade dos brasileiros já sofreu assédio no trabalho**. Disponível em:

https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150610_assedio_trabalho_pesquisa_rb. Acesso em: 18 maio 2020.

BARIFOUSE, Rafael. **Mulher diz ter sido obrigada por banco a trabalhar por três horas após hemorragia**: 'era um aborto'.. 2015. Disponível em:

https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150603_assedio_itau_aborto_rb.shtml. Acesso em: 18 maio 2020.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Uma jornada de humilhações**. Dissertação de Mestrado do Departamento de Psicologia Social, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2000

BATISTA, Vera. **Assédio**: queixas aumentam, mas processos diminuem. queixas aumentam, mas processos diminuem. 2019. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/05/06/interna-brasil,753261/casos-de-assedio-moral-crescem-no-brasil.shtml>. Acesso em: 13 maio 2020.

BOMFIM, Vólia. **Nova lei trabalhista**: principais mudanças para o trabalhador. Principais mudanças para o trabalhador. 2018. Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/nova-lei-trabalhista-principais-mudancas-para-o-trabalhador>. Acesso em: 13 maio 2020.

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

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em 14/05/2020.

CARTILHA DE PREVENÇÃO AO ASSÉDIO MORAL: Pare e Repare - Por um Ambiente de Trabalho mais Positivo. Brasília - Df: Secretaria de Comunicação Social do Tst, 2019.

Conselho Nacional de Justiça (org.). **O que é assédio moral e o que fazer?** 2016. Disponível em: cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-e-assedio-moral-e-o-que-fazer/. Acesso em: 12 maio 2020.

CURI, Aline Mafra Giffoni; PENA, Luciana Leal. O COMPLIANCE COMO ESTRATÉGIA EMPRESARIAL PARA GARANTIA DE UM MEIO AMBIENTE DE TRABALHO EQUILIBRADO. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 28., 2019, Goiânia -go. **DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I**. Florianópolis -sc: Conpedi, 2019. p. 186-202 Disponível em: www.conpedi.org.br. Acesso em: 13 maio 2020.

GERHARDT, Tatiana Engel (org.). **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: Ufrgs, 2009. 120 p. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=dRuzRyEIzmkC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 15 maio 2020

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ÍNDOLE. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/indole/>. Acesso em: 12/05/2020.

LIMA, Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de; LIMA, Sandra Mara Maciel de. ASSÉDIO MORAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: OS LIMITES DO PODER DO EMPREGADOR. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Brasília - Df. **DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I**. Florianópolis -sc: Conpedi, 2016. p. 143-159. Disponível em: www.conpedi.org.br. Acesso em: 13 maio 2020.

LODUCA, Emília Kazue Saio. **O Direito Fundamental e Constitucional ao Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado e Saudável**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/o-direito-fundamental-e-constitucional-ao-meio-ambiente-do-trabalho-equilibrado-e-saudavel/#_ftn1. Acesso em: 14 maio 2020.

MAZARO, R. E. Metodologia da Pesquisa Científica. Valinhos: 2016.

MELO, Raimundo Simão de. **Empregador é responsável por danos ao ambiente de trabalho e à saúde**. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-01/reflexoes-trabalhistas-empregador-responsavel-danos-ambiente-trabalho-saude>. Acesso em: 14 maio 2020.

MENESES, Karina da Silva; CARNEIRO, Thiago Lima. ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Brasília - Df. **DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I**. Florianópolis -sc: Conpedi, 2016. p. 179-195. Disponível em: www.conpedi.org.br. Acesso em: 14 maio 2020.

PADILHA, Norma Sueli. **Meio ambiente do trabalho: um direito fundamental do trabalhador e a superação da monetização do risco**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 173-182, out./dez. 2013. Disponível em <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/55993>>. Acesso em 14/05/2020.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. (2ª).

RESQUE, João Daniel Daibes. ASSÉDIO MORAL E DISCRIMINAÇÃO: os impactos nocivos ao meio ambiente do trabalho.: OS IMPACTOS NOCIVOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Brasília - Df. **DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I**. Florianópolis -sc: Conpedi, 2016. p. 160-178.

Tribunal Superior do Trabalho (org.). **Primeiro ano da reforma trabalhista**: efeitos. 2018. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24724445. Acesso em: 14 maio 2020.

Tribunal Superior do Trabalho (org.). **Ranking dos Assuntos mais Recorrentes na Justiça do Trabalho**. 2020. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>. Acesso em: 13 maio 2020.

VILLATORE, Marco Antônio César; VILLATORE, Patricia Calvo. PREOCUPANTE AUMENTO DE CASOS DE TRANSTORNOS MENTAIS E/OU COMPORTAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM O TRABALHO. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 28., 2019, Goiânia - go. **DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II**. Florianópolis - sc:Conpedi, 2019. p. 6-23. Disponível em: www.conpedi.org.br. Acesso em: 14 maio 2020

VETOS DERRUBADOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

JANDESON DA COSTA BARBOSA:

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UniCeub. Especialista em Direito Público pela Unifacs. Servidor do Tribunal de Contas da União. Membro do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável, do UniCeub. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas, do UniCeub.

RESUMO: O presente artigo apresenta os vetos apostos pelo Presidente da República quando da sanção da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA), a Lei nº 14.133/2021. São listadas as razões presidenciais para os vetos, bem como as justificativas explicitadas por parlamentares durante a sessão do Congresso Nacional que realizou a apreciação dos vetos.

Palavras-chave: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Lei nº 14.133/2021. Derrubada dos vetos.

ABSTRACT: This article presents the vetoes placed by the President of the Republic upon the sanction of the New Law on Public Bidding and Administrative Contracts (NLLCA), Law nº 14.133/2021. The presidential reasons for the vetoes are listed, as well as the justifications explained by parliamentarians during the session of the National Congress that assessed the vetoes.

Keywords: New Law on Public Bidding and Administrative Contracts. Law nº 14.133/2021. Overthrow of the vetoes.

Foi publicada em 1º/4/2021 a tão aguardada Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA), a Lei nº 14.133/2021. Como é de se esperar em projetos de lei extensos e que tratam de matérias complexas – a NLLCA tem 194 artigos,

135 BRASIL. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. <Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 09 jun 2021.

com seus incisos e parágrafos – a Lei foi sancionada com diversos vetos. No total, foram 28 os dispositivos vetados pelo Presidente da República¹³⁶.

O Congresso Nacional se reuniu em 1º/6/2021 e apreciou os vetos. Dos 28 vetos apostos pelo Executivo, 23 foram mantidos e 5 foram derrubados, ou “rejeitados” como reza o jargão legislativo. Ou seja, são cinco os dispositivos da NLLCA que haviam sido vetados e que passam a valer em virtude da derrubada dos vetos pelo Legislativo. Foram esses os dispositivos:

Incisos I e II do § 2º do art. 37

Eis a redação do dispositivo:

“Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘h’ do inciso XVIII do caput do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), o julgamento será por: I – melhor técnica; ou II – técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica.”¹³⁷

Essa foi a razão presidencial para o veto:

“A propositura legislativa prevê a obrigatoriedade de julgamento por melhor técnica e técnica e preço nos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘h’ do inciso XVIII do “caput” do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Entretanto, e embora a boa intenção do legislador, a medida contraria o interesse público, já que cabe ao gestor, analisando caso a caso, vocacionado no poder discricionário e com base na Lei, decidir, a depender do objeto, a adoção do critério de julgamento.

Ademais, esta imposição, vinculada - critério de julgamento com base na melhor técnica ou técnica e preço -, não se mostra a mais adequada e fere o interesse público, tendo em vista que não se opera para todos os casos possíveis de contratação, ao

136 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4.253/2020**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8023994&ts=1620769380461&disposition=inline>> Acesso em: 09 jun 2021.

137 BRASIL. Secretaria Legislativa do Congresso Nacional. **Estudo do Veto nº 13/2021**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8953793&ts=1623188033062&disposition=inline>> Acesso em: 09 jun 2021.

contrário, poderá haver um descompasso entre a complexidade/rigor da forma de julgamento versus objeto de pouca complexidade que prescindem de valoração por técnica e preço.”¹³⁸

No debate da sessão que derrubou o veto, o Deputado Federal Odorico Monteiro (PSB-CE) que a derrubada representou “um avanço enorme, ou seja, a questão de a gente derrubar o veto melhor técnica e menor preço. Eu acho que é uma coisa que o barato sempre sai mais caro, em algumas situações, e foi exatamente nesse sentido”¹³⁹. Já o Deputado Federal Hildo Rocha (MDB-MA) declarou que, com a rejeição do veto, irá prevalecer “o apoio à técnica, à melhor técnica, não apenas ao menor preço, porque [...] é importante que se valorize a técnica também, até para que o cidadão brasileiro, a cidadã, possa ter um serviço de qualidade”¹⁴⁰.

§ 1º do art. 54

Eis a redação do dispositivo:

“Sem prejuízo do disposto no caput, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação.”¹⁴¹

Essa foi a razão presidencial para o veto:

“A propositura legislativa dispõe que, sem prejuízo da divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário

138 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4.253/2020**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8023994&ts=1620769380461&disposition=inline>> Acesso em: 09 jun 2021.

139 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Congresso derruba vetos a itens da nova Lei de Licitações e sobre prazo da Lei Aldir Blanc –01/06/21**. Áudio transcrito por nós. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aA6HVopjWng&t=335s>>. Acesso em: 09 jun 2021.

140 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Congresso derruba vetos a itens da nova Lei de Licitações e sobre prazo da Lei Aldir Blanc –01/06/21**. Áudio transcrito por nós. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aA6HVopjWng&t=335s>>. Acesso em: 09 jun 2021.

141 BRASIL. Secretaria Legislativa do Congresso Nacional. **Estudo do Veto nº 13/2021**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8953793&ts=1623188033062&disposition=inline>> Acesso em: 09 jun 2021.

Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação.

Todavia, e embora se reconheça o mérito da proposta, a determinação de publicação em jornal de grande circulação contraria o interesse público por ser uma medida desnecessária e antieconômica, tendo em vista que a divulgação em 'sítio eletrônico oficial' atende ao princípio constitucional da publicidade.

Além disso, tem-se que o princípio da publicidade, disposto no art. 37, "caput" da Constituição da República, já seria devidamente observado com a previsão contida no "caput" do art. 54, que prevê a divulgação dos instrumentos de contratação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), o qual passará a centralizar a publicidade dos atos relativos às contratações públicas."¹⁴²

Esse foi o veto cuja derrubada foi mais defendida pelos parlamentares na sessão. O Deputado Federal Alex Manente (Cidadania-SP) que é "a ampla publicidade que nós precisamos, especialmente nos jornais, que têm tiragem importante para setores da sociedade, dando a transparência, fazendo com que os atos de governo sejam transparentes e publicizados de maneira adequada"¹⁴³.

A Deputada Federal Lídice da Mata (PSB-BA) registrou "o apoio à derrubada do veto da Lei de Licitações para garantir a publicização em jornais, para permitir a transparência dos atos do Poder Executivo. Para conhecimento amplo da população"¹⁴⁴. Por sua vez, segundo o Deputado Federal Hildo Rocha (MDB-MA), na nova lei "vai prevalecer a publicização, vai prevalecer a transparência"¹⁴⁵.

§ 4º do art. 115

Eis a redação do dispositivo:

142 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4.253/2020**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8023994&ts=1620769380461&disposition=inline>> Acesso em: 09 jun 2021.

143 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Congresso derruba vetos a itens da nova Lei de Licitações e sobre prazo da Lei Aldir Blanc –01/06/21**. Áudio transcrito por nós. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aA6HVopjWng&t=335s>>. Acesso em: 09 jun 2021.

144 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Congresso derruba vetos a itens da nova Lei de Licitações e sobre prazo da Lei Aldir Blanc –01/06/21**. Áudio transcrito por nós. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aA6HVopjWng&t=335s>>. Acesso em: 09 jun 2021.

145 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Congresso derruba vetos a itens da nova Lei de Licitações e sobre prazo da Lei Aldir Blanc –01/06/21**. Áudio transcrito por nós. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aA6HVopjWng&t=335s>>. Acesso em: 09 jun 2021.

“Nas contratações de obras e serviços de engenharia, sempre que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for da Administração, a manifestação prévia ou licença prévia, quando cabíveis, deverão ser obtidas antes da divulgação do edital.”¹⁴⁶

Essa foi a razão presidencial para o veto:

“A propositura legislativa dispõe que nas contratações de obras e serviços de engenharia, sempre que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for da Administração, a manifestação prévia ou licença prévia, quando cabíveis, deverão ser obtidas antes da divulgação do edital.

Todavia, o dispositivo contraria o interesse público, uma vez que restringe o uso do regime de contratação integrada, tendo em vista que o projeto é condição para obter a licença prévia numa fase em que o mesmo ainda será elaborado pela futura contratada.”¹⁴⁷

§ 2º do art. 175

Eis a redação do dispositivo:

“Até 31 de dezembro de 2023, os Municípios deverão realizar divulgação complementar de suas contratações mediante publicação de extrato de edital de licitação em jornal diário de grande circulação local.”¹⁴⁸

Essa foi a razão presidencial para o veto:

“A propositura estabelece que os entes federativos poderão instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações, e que, até 31 de dezembro de 2023, os Municípios deverão realizar divulgação

146 BRASIL. Secretaria Legislativa do Congresso Nacional. **Estudo do Veto nº 13/2021**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8953793&ts=1623188033062&disposition=inline>> Acesso em: 09 jun 2021.

147 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4.253/2020**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8023994&ts=1620769380461&disposition=inline>> Acesso em: 09 jun 2021.

148 BRASIL. Secretaria Legislativa do Congresso Nacional. **Estudo do Veto nº 13/2021**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8953793&ts=1623188033062&disposition=inline>> Acesso em: 09 jun 2021.

complementar de suas contratações mediante publicação de extrato de edital de licitação em jornal diário de grande circulação local.

Todavia, e embora se reconheça o mérito da proposta, a determinação de publicação em jornal de grande circulação contraria o interesse público por ser uma medida desnecessária e antieconômica, tendo em vista que a divulgação em 'sítio eletrônico oficial' atende ao princípio constitucional da publicidade.

Além disso, tem-se que o princípio da publicidade, disposto no art. 37, "caput" da Constituição da República, já seria devidamente observado com a previsão contida no "caput" do art. 54, que prevê a divulgação dos instrumentos de contratação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), o qual passará a centralizar a publicidade dos atos relativos às contratações públicas.¹⁴⁹

O Deputado Federal Odorico Monteiro (PSB-CE) explicou, na sessão de apreciação dos vetos, a derrubada do veto a esse dispositivo: "Acho que outro avanço que nós tivemos foi a questão do licenciamento ambiental. A gente sabe que hoje muitas obras que são executadas no nosso país elas são executadas, e o licenciamento ambiental é uma coisa que atrasa muito, que paralisa as obras, e que muitas vezes, com essa paralização, faz com que a continuidade não seja possível. Então é importante que, ao início da obra, esse licenciamento já tenha sido providenciado pelo órgão contratante, e foi o que, com essa derrubada do veto a gente está consolidando na noite de hoje"¹⁵⁰.

Os dispositivos recuperados se unem àqueles que já estão vigentes. Assim, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA) "distribui desafios a todos: acadêmicos, administradores e servidores públicos, juristas, agentes do mercado, agentes dos órgãos de controle"¹⁵¹. A dinâmica legislativa ultimada na derrubada dos vetos apresentados empresta legitimidade democrática a um assunto bastante técnico como é o caso da temática das contratações públicas.

REFERÊNCIAS

149 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4.253/2020**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8023994&ts=1620769380461&disposition=inline>> Acesso em: 09 jun 2021.

150 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Congresso derruba vetos a itens da nova Lei de Licitações e sobre prazo da Lei Aldir Blanc -01/06/21**. Áudio transcrito por nós. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aA6HVopjWng&t=335s>>. Acesso em: 09 jun 2021.

151 BARBOSA, Jandeson da Costa. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. MACIEL, Francismary Souza Pimenta. **Aspectos hermenêuticos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. *No prelo*.

BARBOSA, Jandeson da Costa. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. MACIEL, Francismary Souza Pimenta. **Aspectos hermenêuticos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** *No prelo.*

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Congresso derruba vetos a itens da nova Lei de Licitações e sobre prazo da Lei Aldir Blanc –01/06/21.** Áudio transcrito por nós. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=aA6HVopjWng&t=335s>>. Acesso em: 09 jun 2021.

_____. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. <Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 18 mai 2021.

_____. Secretaria Legislativa do Congresso Nacional. **Estudo do Veto nº 13/2021.** Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8953793&ts=1623188033062&disposition=inline>> Acesso em: 09 jun 2021.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4.253/2020.** Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8023994&ts=1620769380461&disposition=inline>> Acesso em: 09 jun 2021.

A APLICABILIDADE DA PROVA ILÍCITA NA PERSECUÇÃO PENAL

CHRISTOPHER RODRIGUES DE OLIVEIRA:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário UNA.

MARCOS HENRIQUE CALDARELI TAVARES¹⁵²

(coautor)

BÁRBARA HELEN ABREU VALADARES¹⁵³

(orientador)

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade da prova ilícita no processo penal como mecanismo de se alcançar a verdade real. A metodologia utilizada foi o estudo bibliográfico, com o levantamento e utilização de obras jurídicas que pudessem fornecer elementos a fim de sanar dúvidas e subsidiar a consecução do trabalho. Para tanto, buscou-se compreender a maior quantidade de informações possíveis no que concerne aos elementos que envolvem a problemática da prova no processo penal para que, desta forma, fosse possível verificar se a prova obtida de forma ilícita poderia utilizada como fundamento para uma decisão. Parte-se do pressuposto teórico de que a prova pode ser produzida de diversas formas e é preciso considerar que, algumas dessas formas de obtenção da prova a tornam ilícita. Também foi pressuposto teórico para a elaboração desse trabalho a concepção de que, apesar de ser um ideário, a verdade real é um marco teleológico do Direito Processual Penal, porquanto não pode ser ignorada. Concluiu-se que para se alcançar a verdade real, a prova ilícita poderá ser utilizada como meio probatório.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Prova Ilícita. Persecução Penal. Verdade Real.

Abstract: This article aims to analyze the applicability of illicit evidence in criminal proceedings as a mechanism to reach the real truth. The methodology used was the bibliographic study, with the survey and use of legal works that could provide elements in order to answer doubts and subsidize the accomplishment of the work. To this end, we sought to understand the largest amount of information possible with regard to the

¹⁵² Acadêmico de Direito no Centro Universitário UNA. E-mail para contato: caldarelimarcos@gmail.com.

¹⁵³ Doutoranda em Educação pela PUC Minas. Mestra em Direito Privado pela PUC Minas. Educadora. Professora de Direito do Centro Universitário UNA. Professora da Pós-Graduação da PUC Minas Virtual. Presidente da Comissão OAB Diversidade, Gênero e Vulnerabilidades da 197ª Subseção da OAB/MG, na qual também é membro do Conselho Deliberativo. Advogada. E-mail para contato: bvaladaresconsultoria@gmail.com.

elements that involve the problem of evidence in criminal proceedings so that, in this way, it was possible to verify whether the evidence obtained in an unlawful manner could be applied in criminal proceedings. It starts with the theoretical assumption that evidence can be produced in different ways and, it is necessary to consider that, some of these ways of obtaining evidence make it illegal. The theoretical assumption for the elaboration of this work was also the conception that, despite being an ideal, the real truth is a teleological framework of Criminal Procedural Law, as it cannot be ignored. It was concluded that in order to reach the real truth, illicit evidence can be used as a means of evidence.

Keywords: Criminal Procedural Law. Unlawful proof. Criminal Persecution. Real truth.

Sumário: Introdução. 1. Sobre o mito e o dogma da verdade real. 2. Os meios de prova no Direito Processual Penal. 3. Limites a produção das provas no processo penal. 3.1. Definição de Prova Ilícita e esta por derivação. 3.2. A Teoria dos Frutos da Árvore envenenada. 3.3. O Aproveitamento da prova com exclusão de ilicitude. 3.4. A aplicação do princípio da proporcionalidade no aproveitamento da prova ilícita. 4. A garantia da liberdade como limite ao Jus Puniendi. Conclusão. Referências.

Introdução

Quando um trabalho se refere a provas no processo penal, o olhar já se torna mais rigoroso haja vista a importância desse tema para a persecução penal. Como sabido, não há condenação sem provas, já que no ordenamento jurídico brasileiro não se presume a culpa, mas sim a inocência. Por essa razão, estudar as nuances envolvendo esse tema se mostra algo absolutamente imprescindível.

A verdade real apresenta-se como um ideário buscado no processo penal tal como a felicidade é buscada na vida. É sabido que talvez seja algo impossível de se alcançar, mas é importante persegui-la. Isso não quer dizer, contudo, que todo esforço e todo mecanismo disponível seja legítimo para se alcançar (ou se buscar) essa verdade real. Isso porque o processo penal brasileiro guarda subserviência à Constituição Federal de 1988, que impõe normas rigorosas no que concerne à atividade investigativa e probante no âmbito do processo penal.

A aplicabilidade da prova ilícita como mecanismo para se tentar alcançar a verdade real é, portanto, situação controversa porque coloca em zona de conflito dois valores distintos e aparentemente opostos: o desejo do deslinde verdadeiro da contenda penal e o dever de preservação da garantia do acusado a uma persecução penal submissa à lei.

No ordenamento jurídico brasileiro a prova ilícita é vedada e deve ser desentranhada do processo caso exista, mas, será que isso é algo absoluto? Não haveria

uma hipótese sequer em que seria possível tolerar a ilicitude da prova para se alcançar um bem de igual ou maior valor? Mas como se definir qual é o valor/importância de um princípio/bem jurídico?

Por essas razões é necessário conhecer as nuances desse tema. A aplicabilidade da prova ilícita como meio de se alcançar a verdade real é possível? Para se chegar a uma resposta necessário compreender o que seria verdade real, prova ilícita e outros conceitos indispensáveis à discussão que se pretende propor. Por essa razão, nas linhas abaixo serão tratadas as discussões que envolvem a prova, a verdade real, a ponderação de princípios e, por fim, se a prova ilícita pode ser utilizada sem representar ruptura ao garantismo e a limitação do *jus puniendi* estatal.

1 Sobre o mito e o dogma da verdade real

Todos os métodos de prova relativos ao processo penal estão sob o crivo do modelo processual adotado. O modelo vigente se firmou a contar da vigência da ordem constitucional em 1988, pronunciando-se como um sistema de formato acusatório, mas com resquícios de prevalência inquisitorial.

De acordo com Norberto Avena (2017, p.42) "a doutrina e a jurisprudência majoritária apontam o sistema acusatório. Entretanto, há orientação em sentido oposto, compreendendo no direito brasileiro o sistema misto ou inquisitivo garantista".

O modelo acusatório apresenta como principais características a separação das funções de acusar, julgar e defender, a publicidade dos atos processuais, a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o entendimento de que o réu é sujeito detentor de direitos e a iniciativa probatória exclusiva das partes. Além disso, existe a possibilidade de impugnar decisões à luz do princípio do duplo grau de jurisdição e o sistema de provas adotado é o do livre convencimento motivado.

Dessa maneira, no sistema acusatório, o juiz deixa de exercer as três funções, e só deve se manifestar quando for provocado pela parte ou pelo Ministério Público, garantindo desse modo a imparcialidade do juiz, razão do modelo em destaque. (LIMA, 2017, p. 39)

Há longas datas tem-se fixado o equivocado entendimento acerca do princípio denominado verdade real, sobre a possibilidade do magistrado, com base apenas nas provas que lhe são exibidas, vislumbrar completamente tudo o que ocorreu na prática de um fato criminoso e comprovar essa verdade em sentença.

Antes de apontar as críticas pertinentes ao referido princípio, explana-se sobre as espécies existentes de verdade para confronto posterior, quais sejam: verdade formal, verdade real e verdade judicial. Definida como verdade formal a responsável pela intenção

de estabelecer os limites da prova utilizável pelo julgador para proferir sua decisão, sendo então, a prova constante dos autos e produzida pelas partes.

Sobre a verdade formal Norberto Avena (2017, p. 45) destaca que o juiz deve “contentar-se com o resultado das manifestações formuladas pelas partes e limitar sua análise aos fatos por elas debatidos”.

O princípio da verdade real, apesar da denominação, não tem a conectividade com a verdade, aquela denominada fática, objetiva, que realmente ocorreu. De acordo com Norberto Avena (2017, p. 41) a partir desse princípio, o magistrado não precisa necessariamente se valer apenas das provas acostadas ao processo ou tampouco aquelas produzidas pelas partes, podendo, então, assumir postura ativa na sua produção das mesmas.

Detém liberdade para determinar a juntada aos autos de documentos de cuja existência tenha conhecimento, de ouvir testemunha que não tenha sido sequer apontada pelas partes, de determinar a realização de perícias não requisitadas, dentre outros, desde que sejam pertinentes ao fato narrado na ação penal.

Os princípios mencionados acima atuam em campos distintos, porém não se tratam de dois opostos. A verdade formal delimita a prova que será utilizada na racionalização da futura decisão e a verdade real concede a possibilidade de trazer aos autos provas independentemente da vontade ou iniciativa das partes.

Por tal razão afirma-se que não há verdade nos autos que não seja a verdade processual ou judicial pois esta será submetida à prova com várias peculiaridades e limitações, e com a qual o juiz decide, tomando-a como verdade real. Efetivamente, a função desempenhada pelo referido princípio no direito processual diverge bastante do proposto, pois não há como obter essa verdade, o uso indiscriminado do princípio mascara o caráter inquisitivo do Código de Processo Penal.

Pode-se afirmar que a verdade real é inconcebível, incabível e inacessível ao ser humano para se chegar à realidade do fato, e a todo tempo é invocada como fundamento para deferir pedidos formulados pelo Ministério Público ou para que o juiz determine a produção de provas de ofício, quando o limite deveria residir no fato de que o julgador não pode completar a atividade das partes concernente as provas até então produzidas. Uma verdade que não consta no processo, mas uma busca que extrapola os limites processuais, o que se torna um grande problema em todas as instâncias.

Acredita-se equivocadamente em duas premissas, primeiro a de que o juiz deve buscar a verdade real e a segunda que é possível alcançar a realidade dos fatos maneira

objetiva, analisando-o com uma visão do sujeito/objeto, e não por meio da linguagem e/ou interpretação que inevitavelmente acaba contaminando a conclusão com conceitos prévios por qualquer indivíduo estar imerso em uma tradição. Contudo, não é possível ao juiz acessar diretamente os fatos, pois tudo que chega até ele será uma interpretação dos fatos, uma hermenêutica acerca deles. Pelos elementos probatórios produzidos pelas testemunhas e até mesmo sua própria interpretação, porquanto ainda que presenciasse uma conduta criminosa o diálogo com sua própria linguagem e a partir de suas próprias interpretações chegaria a uma conclusão, são de fato os preconceitos que direcionam esse resultado.

A interpretação é inseparável da aplicação. Destarte, o juiz não chega à verdade real, sendo também impossível a qualquer ser humano essa objetividade das coisas, dificilmente pode-se acessar a coisa em si. O magistrado sempre interpreta os fatos que, por sua vez, foram interpretados pelas testemunhas ouvidas nos autos do processo.

Tanto as testemunhas quanto o juiz não são capazes de se afastar de seus juízos prévios para contemplar o objeto a ser interpretado, o fazendo a partir do mundo no qual estão imersos em virtude de sua formação cultural, religiosa, política e etc.

No caso da testemunha, mesmo que esta presencie o fato, irá interpretá-lo e levar sua conclusão ao juiz, afastando-se cada vez mais da verdade objetiva, sendo que, não raramente, sequer presenciou a integralidade dos fatos. Não houve, na maioria das vezes, uma contemplação total acerca do ocorrido. Trata-se, em sua maioria, de instantes do fato, relacionados ao início da conduta ou ao momento anterior ao início da conduta, inviabilizando a verdade do fato que deveria ser entregue ao juiz.

Mesmo a objetividade figurando como uma de suas características, a prova testemunhal carrega consigo uma convicção pessoal sobre os fatos, devendo o juiz afastar essa subjetividade, o que se revela impossível por se tratar de um relato humano. Ademais, o próprio julgador, ao receber da testemunha uma interpretação do fato, faz dele novo juízo sob o seu entendimento. São percepções que são juntadas para no final se construir a verdade, como peças de um quebra-cabeça.

A título de reflexão: o que seria a verdade real? Considerando sua complexidade é inteligível afirmar que nem mesmo a pessoa que porventura presencie o fato criminoso pode ser considerada capaz de exprimir de forma fidedigna o citado crime, pois a circunstância de apenas o presenciar a capacita a discorrer somente com relação a um só momento dentro de um enredo que materializa o evento criminoso. Nem mesmo o autor da ação tem controle de tudo que se passa na execução.

Embora utilizando critérios distintos para a autenticação dos fatos alegados em juízo, a verdade manifestada em vias judiciais será sempre uma verdade restabelecida,

correspondente à contribuição das partes e, eventualmente do juiz, quanto à indicação do seu convencimento. Sendo assim é incontestável que não se deve atribuir verdade real a nenhum julgado criminal.

2 Os meios de prova no Direito Processual Penal

Conforme bem salientam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2017), os meios de prova são os mecanismos que viabilizam a percepção da realidade. Nesse sentido, portanto, importante é esclarecer que a prova se configura, na verdade, como uma valoração de um meio de prova. Assim sendo, um testemunho, por exemplo, é um meio de prova, e não a prova em si, pois a partir dele é possível extrair-se uma determinada percepção da realidade e é essa percepção, bem como sua relação para com o objeto analisado, que constrói a prova.

Quanto aos meios de prova importante destacar que não são eles restritivos. A busca pela recomposição mais precisa dos fatos (no já supracitado mítico dogma da verdade real) enseja uma abertura quanto os meios de prova que se possa utilizar no processo penal. Daí, portanto, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2017) afirmam ser uma vertente libertária na produção probatória.

Segundo Távora e Rodrigues (2017), essa não taxatividade pode ser extraída do art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, quando este afirma que: "somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil". (BRASIL, 1941) Portanto a liberdade na utilização dos meios de prova é a regra, sendo exceção as restrições. Dito isso, cumpre discorrer ainda que brevemente sobre os aspectos gerais dos meios de prova em espécie ou, mais precisamente, os mais comuns, já que não taxativos.

Primeiramente temos o interrogatório do acusado. Sabendo que, ao ser interrogado, o acusado goza da prerrogativa de manter-se em silêncio (haja vista não ter obrigação de produzir provas contra si), assim como que o ônus probatório é da acusação (tendo em vista a presunção de inocência do acusado), o interrogatório tem sido visto primordialmente como meio de defesa.

Contudo, apesar de ser meio de defesa, configura-se como recurso apto a ajudar no convencimento do juiz, dando a ele uma percepção da realidade, configurando-se assim, como meio de prova.

Sobre o interrogatório Renato de Lima Brasileiro, explica que:

“Interrogatório judicial é o ato processual por meio do qual o juiz ouve o acusado sobre sua pessoa e sobre a imputação que lhe é feita. É a oportunidade que o acusado tem de se dirigir diretamente ao magistrado, quer para apresentar a versão da defesa acerca da imputação que recai sobre a sua pessoa, podendo, inclusive, indicar meios de prova, quer para confessar, ou até mesmo para permanecer em silêncio, fornecendo apenas elementos relativos a sua qualificação.

[...]

[...] é meio de prova e de defesa. Na verdade, o interrogatório é essencialmente meio de autodefesa, porque eventualmente também pode funcionar como meio de prova, caso e quando o interrogando decida responder às perguntas formuladas. Na medida em que o magistrado pode se servir de elementos constantes do interrogatório para formar seu convencimento, também se trata de meio de prova”. (LIMA, 2017, p. 669-670)

O interrogatório do acusado, nas lições de Eugênio Pacelli (2017) se realiza em sede de audiência de instrução e julgamento nos procedimentos comum e sumário, devendo ser o último ato de audiência, preservando-se a possibilidade do acusado conhecer mais precisamente a matéria acusatória.

Ainda discorrendo sobre o interrogatório do acusado, Pacelli (2017) observa que a característica do interrogatório como meio de defesa implica a nulidade da audiência de instrução caso não haja a possibilidade por parte do réu de ver-se interrogado. Isso em virtude da violação frontal do princípio da ampla defesa.

De acordo com o art. 197, do Código de Processo Penal, “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.”

Desse modo, a confissão, como se deduz da redação do art.197, do Código de Processo Penal constitui um elemento de prova assim como os demais, não gozando de primazia e necessitando de outros elementos que demonstrem a sua veracidade. Mais precisamente, o meio de prova seria aquilo que se confessa, ou seja, o conteúdo da confissão.

De acordo com Reis e Gonçalves (REIS; GONÇALVES, 2019, p. 389) a confissão é considerada divisível e retratável:

“Sua divisibilidade (ou cindibilidade) decorre da possibilidade de o juiz tomar como sincera apenas uma parte da confissão, desconsiderando outra parte por reputá-la insincera.

A retratabilidade consiste na faculdade de o acusado desdizer-se, ou seja, de apresentar nova versão negando a imputação, depois de haver confessado. A retratação, todavia, não vincula o magistrado, que, fundado no exame das provas em conjunto, poderá decidir pela veracidade da confissão que, posteriormente, foi objeto de retratação”. (REIS; GONÇALVES, 2019, p. 389)

Temos ainda o depoimento da testemunha, objeto do que se denomina prova testemunhal. É a partir desse relato, ou melhor dizendo, com base nele que surge a percepção sobre os fatos. Assim, de acordo com Lima (2017, p. 694) é a narrativa testemunhal (testemunho) o meio de prova da prova testemunhal.

O exame pericial é um meio de prova também imprescindível no processo penal. Isso porque nos crimes que deixam vestígios, ou seja, aqueles que são passíveis de diagnóstico em virtude dos sinais e/ou alterações materiais que causam, o Código de Processo Penal exige o exame de corpo de delito.

Conforme Aury Lopes Jr (2014), a perícia é um meio de prova que tem o fim de elucidar questões que estão além do que é cognoscível ao saber ordinário. Ou seja, é um meio de prova que, para ser produzido, pressupõe a expertise técnica, já que, através dos trabalhos dos peritos, são extraídas informações técnicas sobre as nuances da ocorrência que dá ensejo à persecução penal.

Citando os demais, tais como a inspeção judicial, os indícios, etc. Paulo Rangel (2015) conclui asseverando que tudo aquilo que possa ser utilizado pelo juiz para se esclarecer os fatos e, assim, chegar a um fim justo na persecução penal, poderá ser considerado como um meio de prova.

Todos os meios de prova são importantes, isso porque a prova tem uma função no processo penal. Não se trata de um apêndice procedimental do processo; um mero capricho do legislador ordinário. Ela é elemento que viabiliza a condenação vez que, em obediência à presunção de inocência e às demais garantias constitucionais que a garantem (ampla defesa, contraditório, etc.), não pode haver condenação sem provas.

Nesse sentido, discorrendo acerca do conceito propriamente dito e sobre a função da prova, Aury Lopes Junior afirma que:

“O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através essencialmente- das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (story of the case) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nela admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença”. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 390)

Sendo assim o juiz conhece o fato e através das provas terá a oportunidade de analisá-lo. As provas são elementos que representam algum significado e sentido, seja através da linguagem verbal ou não verbal, configuradas de diversas maneiras propiciando essa futura análise aproximada do fato. Pode-se afirmar que os processos estabelecem o ocorrido, a possível parte autora, incumbe as partes apresentar conjecturas, e ao juiz recepcionar a mais plausível, com precisa obediência às normas.

3 Limites a produção das provas no processo penal

O princípio da liberdade probatória, conforme dito acima, pode ser inferido do artigo 155, parágrafo único, do Código de Processual Penal, quando este aduz que, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. Portanto, a diversidade dos meios de prova é a regra, sendo exceção as restrições. Assim, está-se determinado, portanto, o direito das partes de provarem fatos relevantes ao processo, valendo-se de qualquer meio de prova. Tal liberdade se restringe, contudo, aos termos previstos pelo Código Processual Penal Brasileiro e às diretrizes impostas pela Constituição Federal.

Obviamente, não seria crível uma liberdade probatória absoluta, mesmo porque há outros direitos individuais que devem ser respeitados (dignidade, ampla defesa, contraditório) e que não permitem uma tutela processual penal que busque a comprovação de fatos a qualquer custo. Nesse sentido é a compreensão de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2017, p.628) quando aduzem que “seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas”.

Ainda conforme Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2017, p.628), ao citarem Paulo Rangel, a vedação probatória é inerente ao Estado democrático de Direito, já que este não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar.

Por isso, conforme destacam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2017), o princípio da liberdade probatória não é absoluto. Encontra vedações, dentre elas a inadmissão, no processo, “das provas obtidas por meios ilícitos”, consoante o disposto no art. 5º inciso LVI, da Constituição Federal.

Por essa razão, se mostra necessário entender o que seja prova ilícita, desmembrando esse entendimento e compreendendo sua amplitude. O conceito de prova ilícita, bem como os seus desdobramentos (prova ilegítima e prova ilícita por derivação) se ampara em teorias que surgiram ao longo da história do processo penal. Nos tópicos que se seguem, serão trazidos os conceitos e exposições acerca dessas teorias.

3.1 Definição de Prova Ilícita e esta por derivação

Primeiramente importante destacar que prova ilícita é espécie do gênero prova vedada ou proibida. Assim temos as provas ilícitas, mas também as provas ilegítimas. Resumidamente, as provas ilícitas violam disposições de direito material e/ou normas constitucionais, enquanto que as provas ilegítimas violam normas processuais ou princípios constitucionais processuais.

As provas ilícitas são aquelas alcançadas de forma ilegal, contrariando e desconsiderando os preceitos constitucionais ou de direito material, isto é, uma prova obtida com violação de uma norma de natureza material penal ou da norma constitucional.

Essas provas, à luz do que determina o artigo 157 do Código de Processo Penal, são inadmissíveis, “devendo ser desentranhadas do processo” (BRASIL, 1940)

Como se nota do dispositivo, o efeito da ilicitude é o desentranhamento da prova do processo e a sua completa inutilização. Aqui, importante esclarecer que tanto a Constituição Federal como o Código de Processo Penal, não fazem uma diferenciação entre provas ilícitas ou ilegítimas, de forma que, em ambos os casos, após ouvir as partes, o magistrado determinará seu desentranhamento dos autos.

Além das provas ilícitas diretamente, há aquelas que são ilícitas por derivação, porque decorrer de uma prova ilícita e o vício a elas se estende. Sobre a definição do que seria prova ilícita por derivação, temos a lição de Fernando Capez que, com propriedade, disserta sobre o tema:

“A doutrina e a jurisprudência, em regra, tendem também a repelir as chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a

fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem. Outro exemplo seria o da interceptação telefônica clandestina – crime punido com pena de reclusão de dois a quatro anos, além de multa (art. 10 da Lei n. 9.296/96) – por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado”. (CAPEZ, 2020, p. 602-603).

Conforme explicou Fernando Capez (2020, p. 602-603), as provas ilícitas por derivação são costumeiramente inutilizáveis no processo penal, vez que decorrem de um meio de prova inidôneo, sendo, dessa forma, igualmente imprestáveis para a comprovação de um fato nos autos de um processo.

Sobre as provas ilícitas, Eugênio Pacelli (2017) traz importante lição sobre as funções das normas do art. 157 e do art. 5º inciso LVI da Constituição Federal. Segundo o autor, trata-se de algo mais que uma preocupação ética no trato das questões do Direito, sendo, na verdade, um verdadeiro controle da regularidade estatal persecutória. Isso porque, segundo o processualista, as normas referidas inibem práticas probatórias ilegais por quem é o maior responsável por produzir provas.

No âmbito da problemática acerca da prova ilícita, bem como da prova ilícita por derivação, surgiram teorias que são importantes e devem ser trabalhadas aqui, conforme foi dito em tópico anterior. A mais importante delas é a teoria dos frutos da árvore envenenada, que explica a lógica pela qual se considera ilícita a prova oriunda de outra que também o seja.

3.2 A Teoria dos Frutos da Árvore envenenada

A teoria dos frutos da árvore envenenada surgiu com o intuito de demonstrar o raciocínio pelo qual uma prova derivada de uma prova ilícita também seria ilícita. Segundo Pacelli (2017), trata-se de teoria que se atribui à jurisprudência norte americana.

Para o processualista mineiro, a teoria surgiu como solução para impedir que oportunistas se valessem de uma prova aparentemente lícita, mas que só se pôde obter através de uma outra que é ilícita. Nas palavras do autor, “se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável”. (PACELLI, 2017. p.191)

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2017), dissertando sobre o tema, aduzem que essa teoria é, de fato, de origem norte-americana e representa uma metáfora na qual o fruto é a prova derivada e a árvore é a prova originária, utilizando a lógica de origem (fruto originado pela árvore). Assim, a árvore envenenada (prova ilícita) só pode originar frutos igualmente envenenados (prova ilícita por derivação), pois estes herdam, em virtude de sua origem, o vício congênito.

Grosso modo, temos que todas as provas que forem produzidas a partir de um prova ilícita, também serão consideradas ilícitas. Realmente, conforme bem esclarecem Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2017), não tem como uma prova ilícita ser capaz de produzir provas que também não sejam ilícitas.

Aury Lopes Júnior (2014), ao dissertar sobre o tema, explica que a expressão "*fruits of the poisonous tree*" foi cunhada por um juiz da corte suprema dos Estados Unidos para expressar o que denomina de princípio da contaminação. O autor traz à baila o que se asseverou na decisão norte americana, quando o juiz afirmou que proibir o uso de certos métodos, mas não por limites ao seu pleno uso indireto em nada seria eficaz para impedir que, no fundo, a decisão se pautasse na mesma violação, todavia de maneira indireta e mais disfarçada.

O Código de Processo Penal admite de maneira expressa tal teoria, à luz do que determina o §1º do seu art. 157. Nas palavras de Távora e Rodrigues essa disposição surgiu com o advento da Lei nº 11.690/2008 e, inclusive, fez com que outros doutrinadores, como Paulo Rangel, que não acreditavam que nosso sistema processual teria adotado a teoria dos frutos da árvore envenenada, mudassem de posição para reconhecer a expressa adoção da mencionada teoria.

Superada a discussão acerca da adoção ou não da supramencionada teoria pelo direito brasileiro, é imperioso refletir, contudo, sobre ponto crucial no estudo da prova ilícita por derivação. O que configuraria derivação? Que a prova derivada da ilícita também se macula pelo vício da primeira está claro, mas o que determina o vínculo de uma segunda prova para com a primeira? Noutras palavras, quando uma prova pode ser considerada derivada de outra?

É a partir dessa indagação que Eugênio Pacelli (2017, p.191) adverte que a palavra derivação não pode ser aclarada no presente caso somente a partir de seu significado lexical/literal, no que ele denomina de busca pelo significado do nexos de causalidade da prova.

Eugenio Pacelli, demonstrando a dificuldade sobre a questão, exemplifica da seguinte maneira:

“Em primeiro lugar, pode ocorrer que a prova posteriormente obtida já estivesse, desde o início, ao alcance das diligências mais frequentemente realizadas pelos agentes da persecução penal. Pode ocorrer, de fato, que seja possível concluir que o conhecimento da existência de tais provas se daria sem o auxílio da informação ilicitamente obtida. Aí, ao que se vê, a hipótese seria da aplicação da “fonte independente”, isto é, de meio de prova sem qualquer relação fática com aquela ilicitamente obtida”. (PACELLI, 2017, p.191)

Como se vê, o professor mineiro esclarece o que seria derivação a partir de um critério excludente. Assim se a prova pôde ser obtida por uma ferramenta/mecanismo totalmente independente, que não tenha qualquer relação fática com aquela ilicitamente obtida, então não se trata de elemento de convicção derivado de prova ilícita.

Esse conceito de fonte totalmente independente consta, conforme lições de Távora e Rosmar Rodrigues, no §2º do art. 157 do Código de Processo Penal, o que, para alguns autores também é denominado de **teoria da fonte independente**.

Essa teoria determina que, se uma determinada prova tiver uma fonte totalmente independente daquela outra prova que foi considerada ilícita, não há, portanto, derivação, de forma que não será considerada ilícita como a primeira (já que são independentes).

Por oportuno, também convém trazer à baila a teoria a respeito do encontro fortuito da prova (**Teoria do encontro fortuito da prova**). Sobre o encontro fortuito de provas, Renato Brasileiro de Lima explica que tal teoria:

“[...] é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. Fala-se em encontro fortuito de provas, portanto, quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência”. (LIMA, 2017, p. 731-732)

Segundo o Pacelli (2017), essa teoria esclarece que o encontro fortuito da prova ocorre quando a prova de uma determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação de outra infração. Contudo, o autor esclarece que, para que esse encontro fortuito não seja considerado ilegal, ele deve guardar relação com o objeto da investigação.

Não obstante, o tema é controverso, pois, segundo o próprio Pacelli (2017), não há consenso jurisprudencial, pelo que a aplicação dessa teoria demanda prudência para que ela não se torne um pretexto para atividades criminosas em bojo de investigações.

3.3 O Aproveitamento da prova com exclusão de ilicitude

Ainda discorrendo sobre a inutilização da prova obtida por meio ilícitos, surge a necessidade de esclarecer que, se não houver ilicitude na conduta, a prova que surge por desdobramento dela também não pode ser considerada ilícita, diante do contrassenso que isso representaria.

Nesse diapasão, Eugênio Pacelli (2017) disserta sobre o aproveitamento da prova obtida com exclusão de ilicitude, ou melhor, dizendo, a partir de uma conduta que fora levada a efeito amparada por uma causa excludente de ilicitude. Isso porque, segundo o autor, a ilicitude da prova se localiza na violação de direitos ao se obtê-la, de forma que, havendo uma excludente de ilicitude, não há, doravante, violação a direito.

Desta forma, o primeiro leque de excludentes de ilicitude que podem ser citados são os tradicionais versados no art. 23 do Código Penal: “a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito”. (BRASIL, 1948)

Nesse passo, se uma prova é obtida em estado de necessidade, quando o agente se vale de uma gravação irregular para se ver salvo de uma acusação que, posteriormente, verifica-se ter sido totalmente insubsistente e ameaçadora da sua liberdade, verifica-se que ele agiu em estado de necessidade e, por essa razão, a prova obtida nesta circunstância não pode ser considerada ilícita, já que amparada por causa excludente de ilicitude (art. 24 do CP).

Outra hipótese é a de um flagrante delito que, como sabido, é uma exceção à inviolabilidade de domicílio. Desse modo, se uma prova é encontrada em um domicílio que é invadido em virtude da flagrância de um delito, tal prova não foi obtida ilicitamente, haja vista a excludente de ilicitude prevista na norma constitucional.

Em ambas as situações acima, seja no caso das excludentes de ilicitude previstas no Código Penal, seja na excludente prevista para o caso da inviolabilidade do domicílio (permissão para o ingresso sem autorização em caso de flagrante), a conduta levada a efeito está de acordo com as determinações postas pelo Direito, de forma que a prova obtida com base nela é igualmente lícita.

Nesse ponto, Eugênio Pacelli (2017) cita valioso exemplo para aclarar a explicação sobre a teoria. Segundo o autor, ninguém poderia argumentar, por exemplo, que, no interior de sua residência, tem o direito de estuprar ou matar a pessoa de sua preferência por estar protegido pela inviolabilidade do domicílio. Daí, portanto, se alguém está autorizado a violar o domicílio para impedir a prática de um crime como esse, também as provas que dessa invasão advierem estão amparadas pelo permissivo constitucional.

Por essa razão a prova obtida com exclusão de ilicitude se mostra perfeitamente lícita porque não se contrapõe aquilo que impõe o Direito, de forma que pode ser utilizada no bojo de qualquer persecução penal onde se vislumbre tal possibilidade, sem comprometimento das restrições do art. 157, do Código de Processo Penal.

3.4 A aplicação do princípio da proporcionalidade no aproveitamento da prova ilícita

A prova ilícita não pode ser utilizada no âmbito do processo penal por expressa previsão do art.157 do CPP e art.5º, inciso LVI da Constituição Federal. Tal garantia constitucional expressa o desejo do constituinte de tutelar a liberdade e impedir condutas arbitrárias por parte do Estado no que se refere a persecução penal. Todavia, há outros direitos individuais que também são tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição. Daí, portanto, surge a seguinte indagação, será que a prova ilícita deve ser rejeitada em absolutamente qualquer situação? Seria possível vislumbrar exceções a essa proibição em virtude da necessária proteção de direitos com igual valor? Como isso seria possível?

A partir dessas indagações é que se cogita a aplicação do princípio da proporcionalidade ou o possível aproveitamento da prova ilícita no âmbito penal. Na verdade, não se trata da aplicação da proporcionalidade em relação ao aproveitamento da prova, mas sim em relação à proteção do direito inculcado no art. 5º, LVI que, em determinadas situações, poderia entrar em zona de tensão com outros direitos de igual valor, demandando uma técnica de hermenêutica constitucional para que o problema seja solucionado.

Sobre a proporcionalidade Reis e Gonçalves explicam que:

“A vedação à utilização da prova ilícita não tem caráter absoluto, motivo pelo qual a proibição pode ser mitigada quando se mostrar em aparente confronto com outra norma ou princípio de estatura constitucional. A aplicação desse critério decorre da teoria da concordância prática (ou da harmonização) das regras constitucionais, que preconiza a coexistência harmônica das normas dessa natureza”. (REIS; GONÇALVES, p. 358-359)

Segundo Eugênio Pacelli (2017), a técnica hermenêutica mais utilizada para solucionar questões como a posta acima é a ponderação de bens e/ou de interesses, técnica que se atribui à concepção de proporcionalidade cunhada por Robert Alexy em sua teorização sobre direitos fundamentais. Segundo a técnica hermenêutica, que se baseia na ideia de princípio como sendo mandado de otimização, os princípios não são aplicados com a lógica do tudo ou nada. Desta forma, em caso de um suposto conflito, a aplicação de um princípio não implica o afastamento do outro. Ao contrário, ambos devem ser aplicados ao máximo possível à luz do que determine o caso concreto.

Com efeito, no caso da prova ilícita, a aplicação do princípio da proporcionalidade ensejaria a concepção de que em algumas situações ela poderia ser aproveitada, já que, assim como o direito do réu de se ver acusado somente com base em provas lícitas, há outros direitos de igual valor. Um deles seria o do próprio réu utilizar-se de provas ilícitas para salvaguardar seu direito de liberdade. Assim sendo, apesar da necessidade da vedação de provas ilícitas no processo, isso poderia se tornar obstáculo ao próprio direito de defesa, pelo que não se justifica a aplicação absoluta da restrição.

Nesse sentido, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2017) asseveram que, no caso de um suposto conflito entre o *jus puniendi* e a legalidade no momento da produção da prova e, de outro lado, o direito de liberdade do réu, à luz de um critério de ponderação, este último deve prevalecer, sendo a prova ilícita utilizada em seu favor.

No mesmo sentido é o entendimento de Bonfim, que pondera que:

“Como o processo penal constantemente necessita contrabalançar valores e princípios que rotineiramente se opõem (ex.: o direito à liberdade do indivíduo e o dever do Estado de punir o culpado), o princípio da proporcionalidade tem grande e variada aplicação no processo penal, ainda que parte da doutrina e da jurisprudência resistam em aceitá-lo”. (BONFIM, 2019, p. 121-122)

Sobre essa perspectiva, Eugênio Pacelli (2017) argumenta que, no caso da utilização da prova ilícita como forma de defesa, não há razão para controvérsias pois, ainda que a prova de inocência seja extraída de forma ilícita, ela deverá ser aproveitada. A controvérsia cinge-se, conforme discorre o autor, sobre a possibilidade da prova ilícita ser aproveitada em favor da acusação.

Pacelli (2017) ingressa nessa discussão advertindo, como dito acima, que não há, segundo a doutrina hermenêutica-constitucional princípios absolutos ou que devam preponderar sobre os demais. Assim, reflete que, se por um lado há o interesse do acusado em provar sua inocência, há também o poder-dever do Estado de punir o acusado, sendo

interesse da sociedade autores de fatos delituosos sejam de fato punidos e direito da vítima de ver seu algoz responsabilizado pela conduta contra ela praticada.

Para Pacelli (2017), obviamente essa utilização da prova ilícita se daria em situações muito singulares. Sustenta que ela só poderia ocorrer mediante um juízo de ponderação concreto (proporcionalidade), onde se verificasse que a utilização da prova ilícita em favor da acusação não colocaria “em risco a aplicabilidade potencial e finalística” da atividade estatal responsável pela produção probatória. Como exemplo dessa hipótese, cita o caso em que a própria vítima, por exemplo, produzisse sorrateiramente a prova que incriminasse o acusado, entrando em seu domicílio.

Nessa hipótese, segundo crê o autor, não é possível vislumbrar um incremento ou estímulo à prática de ilegalidade na produção probatória, de forma que não se está, portanto, colocando em risco a aplicabilidade potencial e finalística da atividade estatal responsável pela produção probatória. Ao contrário, segundo acredita, se está tratando a situação com a devida prudência que ela demanda.

Assim, invocando a concepção de Alexy sobre proporcionalidade, Pacelli (2017, p.198) aduz que o exemplo acima é exatamente uma hipótese em que há uma tensão entre princípios de igual valor, sendo possível a solução pelo critério da proporcionalidade, como conclui.

“Nesse quadro, o exame de cabimento do juízo de proporcionalidade deve passar também não só pela identificação de uma tensão ou conflito entre princípios constitucionais relativos à efetiva proteção de direitos fundamentais (do réu e da vítima), mas pela elaboração de critérios objetivos, tanto quanto possíveis, em que a escolha por um dos princípios possa não implicar o sacrifício integral do outro. Pertinentes aqui as ponderações de Robert Alexy, na sua teoria dos princípios como *mandados de otimização*, cuja aplicabilidade poderá ocorrer segundo *graus de efetividade*, de modo a permitir a convivência pacífica entre todos aqueles que integram o ordenamento”. (PACELLI, 2017, p.198)

Dissertando sobre essa teoria, Aury Lopes Júnior (2014, p.430) questiona a idéia de proporcionalidade, haja vista tratar-se de critério hermenêutico que não é absoluto. Em outras palavras, o processualista adverte que, em se tratando de método teórico, muitas vezes o conceito de proporcionalidade pode ser facilmente manipulado de acordo com as conveniências de quem o utiliza.

Por essas razões Lopes Jr. (2014, p.430) acredita que se trata de grave retrocesso a consideração desse tipo de metodologia e, por essas razões, argumenta:

“O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de *proporcionalidade* é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do *interesse público x interesse privado*, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da “prevalência” do interesse público”. (LOPES JR, 2014, p.430)

Como se nota, apesar da discussão ser fervorosa e, no caso dos argumentos de Pacelli (2017) haver uma boa fundamentação acerca de suas razões, a aplicação do critério da proporcionalidade para utilização da prova ilícita em favor da acusação não é algo prevalente na doutrina processual penal, conforme destacam Aury Lopes Júnior (2014) e Nestor Távora e Rosmar Rodrigues(2017).

4 A garantia da liberdade como limite ao *Jus Puniendi*

A liberdade é direito fundamental previsto no art. 5º da Constituição Federal. Também o inciso XXXIX desse mesmo artigo determina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, 1988) Como se nota, a liberdade é uma garantia individual que limita o poder punitivo estatal, impedindo arbitrariedades por parte do ente soberano, protegendo-se, assim, a harmonização entre o povo e o poder formal que por ele foi constituído.

Sendo assim, nota-se que o sistema penal brasileiro, em âmbito material e processual, é um sistema garantista, pois enquadra-se na definição proposta por Luigi Ferrajoli, qual seja: o cognitivo de legalidade estrita. (FERRAJOLI, 2002, p.31)

Assim, o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal obedece ao primado da legalidade estrita que chancela (juntamente com outros dispositivos) a adoção brasileira da perspectiva garantista.

Tal primado, conforme sustenta o próprio Ferrajoli (2002, p.31) é o que garante que um sistema penal não se dará a partir da consideração da pessoa que pratica a conduta, mas sim com base na conduta em si. Desta forma, um sistema garantista que tem como pilar a legalidade, constitui garantia porque impede que alguém, a pretexto de ser punido, seja na verdade perseguido por ser desta ou daquela maneira. Assim Ferrajoli explica:

“O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas

diretamente a pessoas e, portanto, com caráter constitutivo' e não regulamentar' daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os desocupados' e os vagabundos', os propensos a delinquir', os dedicados a tráficos ilícitos', os socialmente perigosos e outros semelhantes". (FERRAJOLI, 2002, p.31)

Eugênio Pacelli (2017) discorrendo sobre o garantismo ressalta que este não significa a abdicação ou afastamento do *jus puniendi* estatal. Segundo o autor, é preciso ter em mente que a intervenção penal está contemplada no ambiente garantista. Desta forma, as garantias individuais, mormente a liberdade, não são excludentes do poder de punir do Estado, sendo apenas um marco limitativo que reclama um procedimento específico e preestabelecido para que o Estado possa punir acusados.

Na verdade, conforme bem destaca Pacelli (2017, p.33), o poder de punir do Estado é também instrumento do garantismo na medida em que, através dele, há a tutela de outros direitos individuais fundamentais. Assim, o autor mineiro, fazendo uma interpretação mais ampla do conceito de garantismo assevera que:

"[...] não significa, de outro lado, que a intervenção penal não esteja contemplada no ambiente garantista. Para além das ponderações de ordem criminológica, mais ajustadas a determinados modelos de sistemas penitenciários e de sistemas punitivos, a Constituição da República, essencialmente garantista, determina a tutela penal dos direitos fundamentais, quando, em diversos momentos e dispositivos, refere-se ao desvalor atribuído a determinadas condutas lesivas (racismo, drogas, terrorismo, tortura etc.) e ao procedimento penal para a aplicação do Direito (ações penais públicas, ações privadas subsidiárias das públicas etc.). Não haverá incompatibilidade entre o garantismo e a intervenção penal, no âmbito exclusivo da dogmática penal, quando se puder justificar a condenação criminal pela estrita observância do devido processo penal constitucional, e, de modo mais sensível, ao dever de fundamentação das decisões judiciais". (PACELLI, 2017, p.33)

A grande questão, no entanto, é saber que esse *jus puniendi*, ainda que seja compreendido como parte indissociável do garantismo, deve sempre se pautar em uma conduta processual legalista por parte do Estado. Noutras palavras, o poder-dever de punir, ainda que considerado como parte do próprio garantismo, deve ser limitado pela maior das garantias: a da **liberdade individual**.

Nesse ponto, de uma forma ou de outra, percebe-se que sempre a garantia da liberdade individual estará contrastando com o *jus puniendi* estatal, principalmente como limitadora natural da sua existência, como é demonstrado aqui. Isso porque, toda a problemática discutida nesse trabalho gira em torno da tensão entre o *jus puniendi* estatal e a garantia de liberdade individual assegurada a todo cidadão brasileiro.

Quando se cogita a utilização da prova ilícita no processo penal, seja como meio de defesa, seja como ferramenta para acusação, o que se está discutindo, por via oblíqua, é o limite do *jus puniendi* estatal. E o limite do *jus puniendi* estatal é, exatamente, a garantia de liberdade do indivíduo, de modo que, o Estado, no afã e na prerrogativa de apurar infrações penais, deve observar a garantia do direito de liberdade, sendo o cárcere a exceção, que só pode ser consequência de uma persecução penal que observe rigorosamente a lei e os princípios constitucionais.

Conclusão

Após o cotejo de todas essas questões envolvendo a discussão acerca da utilização da prova ilícita, o que se viu foi que, apesar da aparente tensão entre o *jus puniendi* e as garantias individuais, na verdade, há por parte do ordenamento jurídico um fim único que é a harmonização social e a construção de uma sociedade equilibrada em um Estado democrático de Direito.

O processo penal é a porção do ordenamento jurídico que lida com as liberdades e, por via indireta, com os direitos mais basilares da sociedade, tais como honra, vida, propriedade, etc. Não sem razão, afinal o processo penal cuida da persecução penal, onde há a proteção dos bens jurídicos mais importantes dadas a natureza de intervenção mínima ostentada pelo Direito Penal.

Por essas razões, o processo penal é palco de frequentes tensões entre valores, conforme foi demonstrado. Nesse trabalho o que se buscou foi revelar as nuances do aparente conflito entre a restrição a determinadas provas e a busca pela verdade real.

Buscou-se discorrer sobre o que são os meios de prova, além das limitações ou vedações da prova para que, então, se chegasse ao que se considera prova ilícita e prova ilícita por derivação. Nesse ponto, buscou-se discorrer sobre as teorias principais a respeito e, posteriormente, chegou-se à problemática do conflito entre a prova ilícita e a sua utilização para solucionar questões que, muitas vezes, ficariam sem solução.

Foi demonstrado o entendimento de autores que são radicalmente contra a utilização da prova ilícita, mas, foi trazido à baila, outrossim, o entendimento de autores no sentido de ser possível a ponderação concreta no que concerne à utilização da prova

ilícita, ainda que para favorecer a acusação. Não há unanimidade de ideias, mas foi possível demonstrar como tem ocorrido o debate.

Referências

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm . Acesso em: 28 mar. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 3ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

OS IMPACTOS DO PODER ARBITRÁRIO DA POLÍCIA NA SOCIEDADE

SAMARA FERNANDA SILVA SIMIÃO:

Bacharelado em Direito na Faculdade
UNA.

Resumo: O objetivo desse estudo é discutir sobre o Poder de Polícia e identificar os impactos do uso arbitrário e abusivo desse poder para a sociedade. O Poder de Polícia deve ser aplicado com o intuito de frear e reprimir atos ilícitos que ferem os direitos individuais e o bem-estar coletivo, e nunca para intimidar, maltratar, humilhar e/ou ferir a dignidade da pessoa humana. Para melhor exploração do tema, a metodologia utilizada na elaboração desse artigo é a pesquisa bibliográfica com abordagem exploratória, cuja base será a consulta de publicações de autores especializados no assunto em questão, bem como a legislação vigente e demais literaturas alusivas ao tema. Ressalta-se que o Poder de Polícia – tão necessário para manter a boa ordem social - deve ser aplicado apenas para atender aos interesses públicos, priorizando-os em detrimento aos interesses particulares, sem ultrapassar os limites da justiça e da necessidade – o que pode tornar tal poder ilegítimo, ilegal e sujeito às sanções e penalidades destinadas a reprimir os agentes da Segurança Pública que agem com abuso e irresponsabilidade.

Palavras-chave: *Abusos. Coletividade. Dignidade. Ordem social. Penalidades.*

Abstract: The objective of this study is to discuss the Police Power and to identify the impacts of the arbitrary and abusive use of this power on society. The Police Power must be applied with the intention of stopping and repressing illicit acts that harm individual rights and collective well-being, and never to intimidate, mistreat, humiliate and / or harm the dignity of the human person. For a better exploration of the theme, the methodology used in the elaboration of this article is bibliographic research with an exploratory approach, the basis of which will be the consultation of publications by authors specialized in the subject in question, as well as the current legislation and other literature referring to the theme. It is noteworthy that the Police Power - so necessary to maintain good social order - should be applied only to serve public interests, prioritizing them to the detriment of private interests, without exceeding the limits of justice and necessity - which can make such power illegitimate, illegal and subject to sanctions and penalties designed to repress Public Security agents who act with abuse and irresponsibility.

Key-words: *Abuses. Collectivity. Dignity. Social order. Penalties.*

1. INTRODUÇÃO

A vida em sociedade exigiu a criação de normas e regulamentos destinados a

assegurar a ordem pública e social, assegurando o bem-estar de cada indivíduo, cujos direitos não podem sobrepor os direitos coletivos. Para atender tal necessidade e para melhor manter os direitos de todos os cidadãos, a Administração Pública possui e conta com órgãos capazes de atrelar os interesses particulares aos interesses da coletividade e, diante deste contexto, surgiu o Poder de Polícia, a fim de manter a ordem social, a tranquilidade e a integridade de todos os cidadãos.

O Poder de Polícia é muito importante para a sociedade, sobretudo por ser aplicado com o objetivo de manter a boa ordem social, preservando os interesses da sociedade como um todo, mas, tratando cada questão com a devida particularidade e atenção exigidos. No entanto, para cumprir fielmente suas atribuições, o Poder de Polícia não pode ser exercido com arbitrariedade e/ou quaisquer tipos de abuso, pois, isso impacta negativamente na sociedade e fere a dignidade da pessoa humana, que é um princípio basilar da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Sendo assim, o objetivo geral deste estudo é identificar os impactos do poder arbitrário da polícia na sociedade; como objetivos específicos, serão elencados os seguintes pontos: apresentar o conceito de Poder de Polícia; discutir sobre o Poder de Polícia e seus limites; demonstrar como os atos abusivos e arbitrários, praticados por policiais, são capazes de ferir os direitos dos cidadãos, bem como impactar negativamente em várias esferas da sociedade.

A justificativa para a elaboração desse estudo é a sua relevância acadêmica, jurídica e social, considerando que o Poder de Polícia é fundamental para a sociedade e para manter a ordem pública e a devida harmonia. No entanto, é preciso salientar e evidenciar – o que será feito por meio da discussão proposta nesse artigo - que esse poder, para ser exercido de maneira efetiva e eficaz, precisa acontecer dentro dos limites estabelecidos pela legislação pertinente, obedecendo rigorosamente a sua finalidade pública, que é atender aos interesses de todos os cidadãos e trabalhar em prol da defesa social.

Diante desse cenário, surgiu uma questão problema que impulsionou a elaboração desse estudo: qual a finalidade do Poder de Polícia e quais impactos esse pode causar na sociedade, sobretudo quando os servidores da Segurança Pública descumprem a finalidade das suas atribuições, adotando atitudes abusivas, arbitrárias e intransigentes?

A hipótese para essa questão é que a finalidade do Poder de Polícia é assegurar o bem-estar social e coletivo, a segurança e a ordem, sem que sejam cometidos abusos de poder capazes de deslegitimar esse objetivo. Os impactos do Poder de Polícia exercido dentro dos parâmetros estabelecidos pela legislação, são muito benéficos para todos os cidadãos, no entanto, quando os excessos acontecem, a sociedade sofre por se sentir desprotegida, intimidada e acuada por agentes públicos que deveriam zelar pelo bem-

estar de todos, sem criar qualquer tipo de pânico ou despertar sentimentos de insegurança, pois, essas atitudes violariam a dignidade da pessoa humana, que é o princípio maior da Constituição Federal de 1988 (CF/88), também chamada de Constituição cidadã, por priorizar sempre o ser humano e o seu bem-estar.

No que tange à metodologia aplicada no decorrer da construção desse artigo científico, pode-se dizer que ela foi pautada em uma pesquisa bibliográfica com abordagem exploratória (que visa aproximar o pesquisador do assunto), baseada na legislação em vigor e em publicações de autores e estudiosos especializados no assunto em questão. Espera-se, dessa forma, promover uma discussão consistente, de cunho teórico e direcionado pelo ponto de vista acadêmico, das ideias apresentadas. A base para a pesquisa foi uma consulta realizada em literaturas jurídicas, sites especializados e sistemas de busca, cujos descritores foram as palavras poder, polícia, arbitrariedade, sociedade e dignidade, considerando publicações do período compreendido entre os anos de 1997 a 2019. Algumas informações com datas anteriores também foram lidas e consideradas, a fim de justificar os estudos mais recentes, ressaltando a sua importância dentro do cenário atual.

Para melhor apresentação e compreensão desse estudo, ele será dividido da seguinte forma: no capítulo 02 e suas subdivisões, será apresentado o conceito de Poder de Polícia, discutidos os limites desse poder e evidenciados como os atos abusivos e arbitrários praticados por policiais podem ferir os direitos dos cidadãos e impactar negativamente na sociedade. Em seguida, será apresentada uma breve discussão dos resultados apurados sobre o tema, com base na pesquisa bibliográfica realizada.

2. PODER DE POLÍCIA E A SOCIEDADE

Para bem viver em sociedade, é fundamental que todos os cidadãos se adequem e respeitem a normas e regras destinadas a beneficiar a sociedade como um todo, sem privilegiar apenas um pequeno grupo ou um indivíduo em detrimento aos demais. Diante desse cenário, destaca-se que a regulamentação dessas normas exigiu a criação de uma legislação específica e capaz de assegurar que os direitos de todos os indivíduos fossem respeitados e preservados, desde que tais direitos fossem compatíveis com o exigido para manter o bem-estar social e a segurança da coletividade (SILVA, 2006).

Do ponto de vista jurídico, pode-se dizer que o Estado tornou-se um produtor do Direito, um sujeito do Direito e um objeto do Direito, sendo uma das suas atribuições buscar o máximo de juridicidade, assegurando o devido respeito aos valores fundamentais de toda pessoa, indistintamente. (DE CICCO; GONZAGA, 2007, p. 43).

Conforme bem salienta Oliveira (2012), um dos requisitos básicos para a vida em sociedade é a segurança e para que ela seja possível, faz-se necessária a criação de instituições capazes de criar e fiscalizar a aplicação de normas e regras destinadas a regulamentar as relações sociais, extinguindo ou, pelo menos, minimizando quaisquer possibilidades de atritos, desavenças, transgressões ou agressões. Para que tal cenário se torne uma realidade, todos os limites e determinações devem ser observados e fiscalizados pelo Estado, efetivando, dessa forma, o poder e a atuação da Administração e da Segurança Pública, que detêm Poder de Polícia para agir e tomar as medidas necessárias e capazes de assegurar o bem-estar e a segurança de todos os cidadãos, indistintamente.

Com base nesse contexto, destaca-se que o Poder de Polícia pode ser conceituado como um conjunto de poderes estatais que são exercidos coercitivamente, com a finalidade de manter a ordem em toda a sociedade, preservando o bem-estar de todos os cidadãos, bem como a segurança pública e jurídica. Com base nisso, se destaca a preocupação da Administração Pública em preservar os interesses coletivos, sobretudo no que concerne à área da segurança, que é uma prerrogativa desse órgão que busca condicionar ou restringir o uso de bens, atividades e direitos em benefício de todos – ou do próprio Estado. Importante destacar que o Poder de Polícia deve ser aplicado de acordo com a necessidade, sem que seja permitido aos agentes da área o cometimento de quaisquer excessos ou abusos, a fim de preservar a vida, a segurança e a proteção individual e coletiva (MELLO, 2009).

2.1 Poder de polícia: conceitos, formas de atuação, limitações

Segundo Ribeiro (2015), o Poder de Polícia é um tipo de poder administrativo, ou seja, é um poder exercido pela Administração Pública e que rege quaisquer atividades e bens que afetem ou que possam afetar negativamente a coletividade; é um conjunto de atribuições outorgado à Administração Pública, com base na legislação em vigor, com vistas a disciplinar a vida e o convívio social, limitando o exercício de direitos e liberdades, quando se fizer necessário, e assegurando, dessa forma, o interesse coletivo.

“O poder de polícia é uma atividade estatal que limita o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”. (DI PIETRO, 2006, p. 128).

No que concerne a tal interesse público, destaca-se que ele compreende a segurança, a saúde, a moral, o meio ambiente, o patrimônio e a defesa dos direitos do consumidor – o que justifica a polícia ser dividida em diversas áreas, tais como: a polícia da segurança, a polícia das florestas, a polícia das águas, a polícia sanitária, a polícia de trânsito, entre outros. No entanto, não se pode deixar de salientar que os agentes policiais, mesmo diante do poder que lhes é conferido, são terminantemente proibidos de impor quaisquer tipos de obrigações ou proibições, a não ser que eles ajam em conformidade

com a lei, dentro do que é estabelecido e permitido pela legislação vigente (Princípio da Legalidade) (LESSA, 2014).

De um modo geral, pode-se dizer que o Poder de Polícia funciona como um mecanismo de frenagem que é utilizado pela Administração Pública para conter abusos na sociedade e, em contrapartida, para evitar a ocorrência de arbitrariedades e excessos de servidores que atuam na área da Segurança Pública, sobretudo quando estes permitem que o direito individual sobreponha o direito coletivo, o que, na prática, não pode e nem deve acontecer, conforme já exposto anteriormente (MEIRELLES, 2015).

Em relação às formas de atuação e aplicação do Poder de Polícia, pode-se dizer que ele abrange as atividades realizadas tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo, onde o Estado é utilizado como mecanismo de controle desse poder que pode ser exercido de maneira preventiva (impedindo que sejam cometidas ações antissociais) ou repressiva (punindo os infratores da lei penal) (LESSA, 2014).

A Polícia Administrativa atua em conformidade com os órgãos de fiscalização determinados pela lei, sobretudo nas áreas de saúde, segurança, educação, trabalho, previdência e assistência social. Essa atuação pode acontecer de modo preventivo, através do trabalho realizado pelas polícias civil e militar (proibindo porte ilegal de armas, por exemplo) ou de modo repressivo (quando esses agentes apreendem uma arma utilizada indevidamente); já a Polícia Judiciária atua de maneira preventiva ao evitar a reincidência de uma infração ou de maneira repressiva, quando pune o infrator (PEREIRA, 2013).

Os meios de atuação do Poder de Polícia são orientados pelos atos normativos estabelecidos pela lei, que determina os limites administrativos que devem ser empregados para o pleno exercício dos direitos e das atividades individuais; pelas medidas preventivas, adequando o comportamento individual à legislação, por meio da fiscalização, da ordem, da licença, entre outros; pelas medidas repressivas, cujo objetivo é coagir o infrator a cumprir a lei (apreendendo mercadorias ilegais, internando pessoas compulsoriamente, entre outros exemplos) (FILHO, 2011).

Conforme já salientado no decorrer desse estudo, o Poder de Polícia é um dos poderes que auxiliam o Estado, através da regência da Administração Pública, a atingir o objetivo de todo o sistema nacional, que é a preservação do interesse público. No entanto, tal poder possui particularidades e limitações que devem ser observados e cumpridos, a fim de preservar integralmente o bem-estar social e, conseqüentemente, os direitos de cada cidadão (FREITAS, 2015).

Não se pode negar que a aplicação do Poder de Polícia possui grande relevância para a sociedade, porém, faz-se mister destacar que tal poder não pode ser exercido de

maneira indiscriminada e autoritária, ou seja, o Poder de Polícia necessita ser limitado, para que seja aplicado de maneira justa, proporcional e coerente com os seus propósitos. Com base nisso, ressalta-se que a principal limitação desse poder é a lei, cujo objetivo é evitar a ocorrência de atitudes abusivas, bem como quaisquer excessos ou exageros que possam ferir o exposto na legislação em vigor. "(...) a faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis". (FILHO, 2009, p. 79).

Isso evidencia a obrigatoriedade dos servidores da Administração / Segurança Pública se submeterem aos desígnios da lei, evitando cometer quaisquer atos abusivos e/ou arbitrários. Outros aspectos limitadores do Poder de Polícia são a moralidade (que é um limitador natural das ações humanas. No que tange ao Poder de Polícia, evidencia-se que esse deve ser exercido sempre com base na moral, que é o pilar da conduta administrativa) e a proporcionalidade (que denota a necessidade do Poder de Polícia ser exercido com total lisura e respeito aos liames da necessidade e da adequação; deve-se evitar, a todo custo, a aplicação de atos coercitivos indevidos e desnecessários, onde o poder é utilizado mesmo quando não deveria ser aplicado) (MEDAUAR, 2013).

2.2 Poder de polícia e princípios constitucionais

Quando se fala em princípio, fala-se em uma palavra que possui duas acepções: uma, de natureza moral, que se refere às condutas, às virtudes e aos argumentos pautados em razões morais e outra, que possui significado lógico e se baseia nas verdades ou juízos fundamentais que alicerçam ou garantem um sistema pautado no conhecimento filosófico e/ou científico. No âmbito desse estudo, serão empregados os princípios de natureza moral, que regem o Poder de Polícia e suas particularidades (TARGUETA et al., 2018).

Importante destacar que os princípios gerais do Direito são efetivamente normas. Tais princípios podem ser definidos como normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, que podem ser classificadas como fonte material do Ordenamento Jurídico Brasileiro, sobretudo porque correspondem e evidenciam os princípios da justiça, sendo amplamente aplicados à Administração Pública, que rege o Poder de Polícia (BOBBIO, 1997).

Os princípios administrativos são revestidos de um caráter valoroso e se baseiam na premissa de que toda a ação realizada pela Administração Pública, deve nortear o Estado na execução das atividades que lhes são devidas e cujo objetivo é satisfazer os interesses coletivos, colocando-os acima de quaisquer interesses individuais (FARAH, 2011).

No que concerne ao Poder de Polícia, subordinado à Administração Pública, conforme já destacado, é preciso salientar que os princípios administrativos realizados nessa esfera, possuem grande relevância social, estatal e jurídica, sobretudo por serem um

dos temas mais debatidos e estudados no âmbito do Direito Administrativo, pela sua finalidade que visa atender aos interesses públicos e coletivos, sempre em busca de preservar e manter a ordem e promover o bem-estar e a harmonia social (CUNHA, 2017).

De acordo com o Ordenamento Jurídico Brasileiro, o Poder de Polícia é disciplinado pelo artigo 78 da lei nº 5.172/66 (que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados e aos Municípios). Esse dispositivo evidencia a preocupação do legislador em estabelecer os critérios reguladores de tal poder, sob a luz dos princípios constitucionais legais e do devido processo legal, sem falar nos alertas destacados e pertinentes ao cometimento de excessos e abusos que devem ser evitados pelos agentes da Segurança Pública, para que a lei em questão seja devidamente e fielmente cumprida. Importante destacar que as atividades da Administração Pública devem ser realizadas com base nos preceitos legais, observando os direitos de liberdade previstos no artigo 5º, incisos IV, XIII, XV e XXII da Constituição Federal de 1988 (CF/88) (FILHO, 2014).

O Poder de Polícia pode ser conceituado como uma atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (MOREIRA NETO, 2002, p. 386).

No que tange à Polícia Administrativa e à Polícia Judiciária, destaca-se que ambas devem cumprir requisitos específicos para efetivar a sua legitimidade, sempre sob a égide dos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal. No entanto, existem diferenças entre as duas que precisam ser destacadas, ou seja, a Polícia Administrativa é mais ampla e se relaciona com a imposição de limites e condições destinados aos direitos e atividades de cunho ilícito (SCHRAMM, 2019).

Em contrapartida, a Polícia Judiciária se relaciona com a devida responsabilização dos transgressores que descumprem a lei, cometendo atividades ilícitas capazes de perturbar a ordem pública. Sendo assim, conclui-se que a Polícia Administrativa realiza atividades efetivadas tão somente pela Administração Pública, enquanto a Polícia Judiciária, cujos trabalhos são considerados atividades administrativas, prepara a atuação da função jurisdicional penal, que são executados por órgãos especiais, como a Polícia Civil e a Polícia

Militar), salientando a responsabilização penal inerente a essa prerrogativa estatal (MEIRELLES, 2016).

A legislação que rege o Poder de Polícia caracteriza-o considerando as seguintes premissas: a autoexecutoriedade (que se relaciona com o fato de a Administração Pública não necessitar recorrer ao Poder Judiciário para executar suas obrigações, considerando o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado); a discricionariedade (que é uma das mais polêmicas e controversas características inerentes ao Poder de Polícia, pelo fato da lei conferir ao administrador público a liberdade de determinar, diante de um quadro concreto e dentro de uma margem de liberdade, a melhor solução a ser adotada, dentre todas as possibilidades existentes) (VIEIRA, 2016).

Com base em tais considerações, é fundamental destacar que qualquer que seja a situação, os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da eficácia devem ser observados e cumpridos, de modo que as decisões tomadas resultem em um menor dano possível aos envolvidos. Há que se acrescentar também, como uma premissa que rege o Poder de Polícia, a coercibilidade (que permite à Administração Pública usar a força, mesmo sem autorização judicial, desde que essa respeite os princípios gerais da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, seu descumprimento e negligência pode incorrer em responsabilização penal ao Estado e aos seus agentes) (NETO, 2014).

2.3 Efeitos negativos dos atos arbitrários da polícia sobre a cidadania e a sociedade

Mesmo diante das previsões legais determinadas pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), não são raras as situações em que agentes da Segurança Pública abusam do poder que lhes é conferido, em alguns casos, fazendo uso de força excessiva e adotando um comportamento arbitrário que ultrapassa os limites legais que regem a sua atuação, ocasionando o descumprimento dos princípios reguladores da Administração Pública. Vale dizer que esses atos atingem um número cada vez maior de setores da sociedade e pessoas, gerando resultados lamentáveis e sinalizando a necessidade de aplicação de penalidades disciplinares compatíveis com o erro cometido (LOPES, 2015).

As penas disciplinares aplicadas nesses casos, geralmente são: a advertência, a suspensão, a demissão, a cassação da aposentadoria ou disponibilidade, a destituição de cargo em comissão e a destituição de função comissionada. Conforme a gravidade do fato a ser punido, a autoridade pública escolherá, entre as penas legais, a que melhor reprima a falta ou a infração cometida, aplicando-se, nesse caso, o discricionarismo disciplinar. (FIGUEIREDO, 2000, p. 57).

Diante desse cenário e com base no que já foi exposto ao longo desse estudo, é importante destacar que a discricionariedade conferida à Administração Pública não pode, sob nenhuma hipótese, tornar-se um objeto abusivo e arbitrário, sob pena de controle e sanção administrativa e judicial. Esses excessos, que devem ser evitados a todo custo, podem ocorrer de dois modos: quando a medida escolhida pelo agente da Segurança Pública acontece com uma intensidade maior que a necessária ou quando a medida apresenta uma extensão maior que o exigido para se obter os devidos resultados lícitos (MELLO, 2010).

De um modo geral, os tipos de atos arbitrários cometidos através da autoridade conferida pelo Poder de Polícia são muitos e podem afetar diretamente inúmeras áreas, tais como: a econômica, a pessoal, a política, a administrativa, entre outras; em qualquer um dos casos, a arbitrariedade ultrapassam os limites estabelecidos na legislação vigente. “A desproporcionalidade do ato de polícia ou seu excesso equivale a abuso de poder e, como tal, tipifica ilegalidade nulificadora da sanção”. (MEIRELLES, 2016, p. 164).

Os efeitos negativos dos abusos cometidos pela polícia são inegáveis e estão longe de corroborar com as determinações legais que regem essa questão, merecendo e exigindo a devida punição. No entanto, não raro, tais abusos passam ilesos pelos órgãos competentes, pois, o formalismo jurídico nem sempre está presente e é aplicado no controle das práticas policiais, permitindo, desse modo, que esses agentes da Segurança Pública orientem suas ações com base no seu conceito de certo e errado que, quase nunca, consideram os códigos morais e éticos, bem como os princípios que regem o Poder de Polícia (PINHEIRO, 2013).

Tem sido cada dia mais comum, diante do aumento assustador dos índices de violência, a sociedade buscar proteção policial para combater a criminalidade ao qual está exposta. Não obstante, ela se depara com agentes que ultrapassam os limites estabelecidos pela lei no cumprimento do mandato legal, ignorando descaradamente os direitos dos cidadãos. Isso leva a crer que o controle e as restrições impostas às ações policiais muitas vezes são falhas e deixam as pessoas à mercê da insegurança e dos desmandos de pessoas que cometem excessos em nome da ordem (GUIMARÃES et al., 2005).

Diante do exposto, a relação da polícia com a sociedade tem assumido um caráter contraditório e bastante complexo, resultando, em muitos casos e situações, em desconfiança, insegurança, vulnerabilidade e medo. Porém, seria injusto generalizar esse quadro tão decepcionante, afinal, existem agentes da Segurança Pública que trabalham ativamente na proteção da sociedade, com muita seriedade, ética e em total conformidade com a lei. Muitos buscam desenvolver ou participar de projetos que possam aproximá-los das pessoas, quebrando a resistência e criando uma relação de confiança capaz de redefinir

o Poder de Polícia e suas particularidades, bem como torná-lo, de fato, um serviço essencial, protetivo e confiável para uma sociedade que se mostra cada dia mais frágil diante dos criminosos e da violência (COSTA, 2005).

2.4 Apresentação e análise dos resultados

Para melhor desempenhar suas funções, cumprindo suas responsabilidades a contento e obedecendo a legislação em vigor, o Estado (pessoa jurídica) necessita contar com agentes públicos (pessoas físicas), cujas atribuições estão ligadas à prática dos atos administrativos, fazendo uso do poder que lhes são conferidos. O servidor público é a pessoa física que compõe a estrutura da Administração Pública e cuja função é desempenhar o que lhe for delegado, respeitando sem ressalvas os interesses da coletividade e, concomitantemente, manifestando / externando as vontades do Estado expressas através da lei (OLIVO, 2015).

No entanto, quando a situação acontece diferente do esperado, tendo como consequência a transgressão de regras, que foge ao exercício do poder disciplinar, surge a possibilidade / necessidade de aplicação de alguma penalidade compatível ao ocorrido, com vistas a coibir a prática de crimes e possíveis contravenções penais. Quando o administrador público tem conhecimento de alguma falta cometida por seus agentes, ele tem a obrigação – bem como o poder necessário - para apurar os fatos e aplicar a devida punição ou ele também pode encaminhar o caso para o órgão competente punir. É preciso levar em conta, diante desse contexto, que existem ações e omissões capazes de prejudicar e interferir negativamente no interesse público, o que reforça a necessidade de limitação do Poder de Polícia, com o intuito de prevenir o cometimento e a reincidência de condutas errôneas de agentes da Segurança Pública, cujo trabalho deve conferir segurança à sociedade e uma convivência harmoniosa e pautada na ordem (SOUZA, 2015).

Embora a Administração Pública esteja sujeita à um regime jurídico dotado de prerrogativas, faz-se mister salientar que elas só se justificam caso atendam aos interesses públicos, colocando-os acima de quaisquer interesses individuais ou de quaisquer conveniências particulares. Nesse diapasão, cabe inserir uma discussão sobre o abuso de poder, que pode acontecer quando os interesses da coletividade não são priorizados nem respeitados. Esse tema é bastante controverso e polêmico, principalmente quando se percebe algum tipo de excesso na conduta do agente da Segurança Pública (objeto desse estudo), aplicando o Poder de Polícia que lhe é conferido para humilhar, coagir, intimidar pessoas e criar situações desnecessárias (GABARDO, 2019).

O trabalho desenvolvido na Administração Pública precisa contar com a lisura, a ética e a moral do servidor, que necessita exercer sua profissão sem quaisquer interferências e condutas que possam resultar em um comportamento abusivo e arbitrário. Para tanto, é preciso que tal agente assimile que atender e preservar os interesses públicos

– e não os interesses pessoais e individuais – é fundamental no exercício da sua função. Mesmo diante de tal exigência, não é raro a sociedade se deparar com policiais que adotam um comportamento excessivo no exercício das suas obrigações, gerando um clima de instabilidade, de insegurança, de desconfiança e total desamparo. Esses servidores abusivos deixam de lado seu compromisso de zelar pela liberdade, pela segurança e pela proteção dos direitos dos cidadãos e passam a agir guiados pelos seus excessos e vaidade (MINAYO et al., 2008).

Ninguém sai ganhando com essa postura (perde a sociedade e perde o servidor que, quando descoberto, poderá ser penalizado e até mesmo exonerado das suas funções). Sendo assim, destaca-se o quanto é importante tais profissionais prezarem pela ética e pela moral no cumprimento das suas funções, levando alívio e segurança para pessoas que se veem diante de situações nada favoráveis, que podem colocar a vida e a integridade física em risco (ALBERNAZ, 2010).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida em sociedade requer a adaptação e adequação de todos os cidadãos a normas e procedimentos destinados ao benefício coletivo, sem privilegiar um indivíduo ou grupo. Para que essa realidade ideal seja possível, a legislação deve ser cumprida por todos e fiscalizada pelo Estado que, quando necessário, tem como prerrogativa o emprego do Poder de Polícia para agir em benefício de todos os indivíduos, indistintamente.

O Poder de Polícia é constituído por um conjunto de poderes estatais, cuja finalidade é assegurar a ordem pública e preservar o bem-estar de todos os cidadãos. Ele deve ser aplicado apenas quando for necessário para manter a ordem e a segurança da sociedade e os agentes envolvidos devem evitar quaisquer tipos de abusos no exercício da sua função.

A atuação policial, seja da polícia administrativa, militar, civil ou judiciária, deve acontecer em conformidade com os órgãos de fiscalização determinados pela lei, sempre em caráter preventivo (quando impede ou proíbe o cometimento de uma infração) ou repressivo (para punir o infrator). Para evitar arbitrariedades, o Poder de Polícia concedido por lei a tais servidores é limitado, para que o trabalho realizado por tais profissionais seja sempre justo, ético e coerente com os propósitos determinados.

O Poder de Polícia deve se pautar nos princípios constitucionais legais, para que a lei seja cumprida, os cidadãos protegidos e a sociedade mantida sob a égide da ordem. Qualquer situação que exija a aplicação do Poder de Polícia, deve ser pautada, sobretudo, nos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da eficácia, para que todas as atitudes e decisões evitem danos e prejuízos para a coletividade.

Quando não há essa ponderação por parte dos servidores da Segurança Pública, os efeitos negativos desses atos são inevitáveis, sobretudo porque além de ferir a legislação, fere a dignidade humana, que é o princípio basilar da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Isso exige a devida punição, pois, o Estado não pode compactuar com esse comportamento abusivo nem permitir a sua reincidência. Com o aumento dos índices de criminalidade, cada dia mais a população tem solicitado a presença da polícia para a manutenção da ordem e da sua segurança e, isso torna imprescindível os atendimentos e serviços prestados preservarem os direitos dos cidadãos, evitando deixá-los desprotegidos e intimidados, não só por criminosos, como também por agentes da Segurança Pública que empregam mal o poder que têm nas mãos, transformando isso em arbitrariedade, decepção e medo.

4. REFERÊNCIAS

ALBERNAZ, Elizabete Ribeiro. Na fronteira entre o bem e o mal: ética profissional e moral religiosa entre policiais militares evangélicos cariocas. **Caderno CRH**, vol. 23, num. 60, Salvador, dez. 2010. Disponível em

<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792010000300006>

Acesso em 17 março 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10.ed., Brasília: Editora UnB, 1997.

COSTA, Ivone Freire. **Polícia e sociedade**: gestão de segurança pública, violência e controle social. Salvador: EDUFBA, 2005. Disponível em

<<https://static.scielo.org/scielobooks/b5pv2/pdf/costa-9788523212193.pdf>> Acesso em

16 março 2021.

CUNHA, João Pedro Ferreira Rosa. **Controle judicial do poder de polícia**. Trabalho de Conclusão de Curso, Graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense, 2017.

Disponível em <[https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/7852/1/TCC%20-](https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/7852/1/TCC%20-%20Controle%20Judicial%20do%20Poder%20de%20Pol%C3%ADcia.pdf)

[%20Controle%20Judicial%20do%20Poder%20de%20Pol%C3%ADcia.pdf](https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/7852/1/TCC%20-%20Controle%20Judicial%20do%20Poder%20de%20Pol%C3%ADcia.pdf)> Acesso em 15 março 2021.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria geral do estado e ciência política**. São Paulo: 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Administração pública e políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, vol. 45, num. 03, Rio de Janeiro, jun. 2011. Disponível em

<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000300011>

Acesso em 16 março 2021.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 21.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Manual de direito administrativo**. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Manual de direito administrativo**. 27.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

FREITAS, Karina Costa. Limites ao poder de polícia. **jus.com.br**, 2015. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/38250/limites-ao-poder-de-policia#:~:text=Poder%20de%20pol%C3%ADcia%20em%20sentido,restri%C3%A7%C3%B5es%20legislativas%20e%20limita%C3%A7%C3%B5es%20administrativas.>> Acesso em 10 outubro 2020.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do direito administrativo social. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 04, num. 02, Curitiba, abr. 2019. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392017000200095> Acesso em 16 março 2021.

GUIMARÃES, Juliany Gonçalves; TORRES, Ana Raquel Rosas; FARIA, Margareth R. G. V. de. Democracia e violência policial: o caso da polícia militar. **Psicologia em Estudo**, vol. 10, num. 02, Maringá, mai. / ago. 2005. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722005000200013> Acesso em 16 março 2021.

LESSA, Max Diego Pacheco. Poder de polícia e seus meios de atuação. **jus.com.br**, 2014. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/28765/poder-de-policia-e-seus-meios-de-atuacao#:~:text=Nos%20meios%20de%20atua%C3%A7%C3%A3o%20o,estado%20para%20o%20seu%20exerc%C3%ADcio.&text=Tendo%20como%20atributos%20do%20poder,auto%2Dexecutoriedade%20e%20a%20coercibilidade.>> Acesso em 10 outubro 2020.

LOPES, Cleber da Silva. Segurança privada e direitos civis na cidade de São Paulo. **Sociedade e Estado**, vol. 30, num. 03, Brasília, set. / dez. 2015. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922015000300651> Acesso em 16 março 2021.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 42.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; SOUZA, Edinilsa Ramos de; CONSTANTINO, Patrícia. **Missão prevenir e proteger**: condições de vida, trabalho e saúde dos policiais militares do Rio de Janeiro (on-line). Rio de Janeiro: Ed. FIOCRUZ, 2008. Disponível em <<https://static.scielo.org/scielobooks/y28rt/pdf/minayo-9788575413395.pdf>> Acesso em 16 março 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eduardo Antunes de. **O poder de polícia administrativa e a sua delegação**. Trabalho de Conclusão de Curso – Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). 2012. Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/139430/000872598.pdf?sequence=1>> Acesso em 10 outubro 2020.

OLIVO, Luís Carlos Cancelier de. **Direito administrativo**. 3.ed. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC, 2015. Disponível em <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-fXAQq-HSMAJ:https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/145361/1/PNAP%2520-%2520Bacharelado%2520-%2520Direito%2520Administrativo.pdf+%&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em 16 março 2021.

PEREIRA, Luiz Fernando. Poder de polícia no direito administrativo brasileiro: breves noções. **Jusbrasil**, 2013. Disponível em <<https://drluizfernandopereira.jusbrasil.com.br/artigos/111870316/poder-de-policia-no-direito-administrativo-brasileiro-breve-nocoas>> Acesso em 10 outubro 2020.

PINHEIRO, Antônio dos Santos. A polícia corrupta e violenta: os dilemas civilizatórios nas práticas sociais. **Sociedade e Estado**, vol. 28, num. 02, Brasília, mai. / ago. 2013.

Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000200008> Acesso em 16 março 2021.

RIBEIRO, Ana Paula. **Poder de polícia**: proporcionalidade e abuso de poder à luz dos princípios constitucionais. Trabalho de Conclusão de Curso – Pós-graduação Lato Sensu em Direito Administrativo. 2015. Disponível em <<https://www2.jf.jus.br/pergamumweb/vinculos/00001e/00001e2f.pdf>> Acesso em 10 outubro 2020.

SCHRAMM, Julie Katlyn Antunes. O poder de polícia administrativa e comentários à lei nº 19.449/18. **Site jus.com.br**, 2019. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/71137/o-poder-de-policia-administrativa-e-comentarios-a-lei-n-19-449-18>> Acesso em 17 março 2021.

SILVA, Flávia Martins André da. O poder de polícia. **DireitoNet**, 2006. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2634/O-poder-de-policia#:~:text=78%20Considera%2Dse%20poder%20de,produ%C3%A7%C3%A3o%20e%20do%20mercado%2C%20ao>> Acesso em 10 outubro 2020.

SOUZA, Josean Pereira de. **Processo administrativo disciplinar e os instrumentos de economicidade e apoio à gestão pública**. Dissertação de Mestrado em Gestão de Políticas Públicas, Universidade Federal do Tocantins, 2015. Disponível em <<https://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/71/1/Josean%20Pereira%20de%20Sousa%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em 16 março 2021.

TARGUETA, Ana Carolina Moura; GARULO, Guilherme Paulo; FREITAS, Marina Ribeiro. Princípios gerais do direito. **Site Jusbrasil**. 2016. Disponível em <<https://anacarolinatargueta.jusbrasil.com.br/artigos/307654998/principios-gerais-do-direito>> Acesso em 16 março 2021.

VIEIRA, Ariane Shermam Moraes. **Os limites à delegação do exercício do poder de polícia estatal: análise sobre a possibilidade de atuação dos particulares**. Dissertação de Mestrado em Direito e Administração Pública, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2016. Disponível em <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASJF74/1/disserta__o_ariane_vers_o_impress_o.pdf> Acesso em 17 março 2021.

BENEFÍCIOS DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

GEYCI CARLA BRITTO DE SOUZA:

Bacharelada em Direito pela
Universidade Brasil.

MATEUS LUCATTO DE CAMPOS.

(orientador)

RESUMO: O presente artigo foi realizado abordando o tema benefícios da suspensão condicional da pena para o Estado detentor do poder de punir e, também, para o sentenciado que inicialmente deveria cumprir a execução de pena privativa de liberdade, tendo aqui, a possibilidade de utilizar esse benefício se preenchido os requisitos para sua concessão, como forma alternativa de pena. A explicação de como é concedido a suspensão, quais os requisitos, qual a espécie a ser aplicada, como irá ser fiscalizado, tudo como forma de melhor compreender esse tema que é muito comum, a fim de levar o conhecimento para uma melhor compreensão de algo que é trazido como apenas uma punição e não sendo visto o lado positivo e benéfico para as partes mencionadas. A partir do conhecimento produzido, é possível analisar o que é melhor para o sentenciado na hora que a ele for imposta a pena pelo cometimento de conduta delituosa, além de como isso irá amenizar na prática de novos crimes pelo então condenado e principalmente para a sociedade que o assiste.

Palavras-chave: Condições; Benefício; Suspensão; Pena; Execução;

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. 1.1 Conceito. 1.1.1 Suspensão condicional da pena x Suspensão condicional do processo. 1.1.2 Da aplicação e espécies de Sursis. 1.1.3 Da fiscalização. 2 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E SEUS DEFEITOS. 2.1 Efeitos do Novo Coronavírus para a população carcerária. 3 BENEFÍCIOS DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA PARA O ESTADO E O SENTENCIADO. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A Suspensão Condicional da Pena, é uma forma de punir o infrator de um crime de pena menor, se comparadas com os crimes mais graves, de maneira que essa punição será mais leve que uma detenção ou reclusão da sua liberdade (prisão de fato), onde se preenchido os requisitos, poderá ser aplicada ao invés da execução da pena propriamente dita. Salientando que, essa serventia será por determinado período de tempo, sempre de acordo com o estabelecido por lei, assim, quando concluída, ficará a pena do sentenciado extinta.

Esse benefício vem sendo cada vez mais utilizado, pois vem se tornando comum a elevação do número de infratores de crimes menos graves, no país, principalmente se for delimitado pelo olhar do interior do estado de São Paulo. A aplicação desse, fortalece a ideia de que a lei tenta instituir maneiras de diminuir o conceito de que todos os infratores, que cometem conduta delituosa, devem apenas ser privativos de sua liberdade, acarretando mais gastos aos cofres públicos e aumentando a população carcerária.

Tais práticas evidenciam que o Ordenamento Jurídico Brasileiro, tenta de todas as formas não só punir o infrator, mas também buscar sua reeducação e ressocialização. Sobretudo, ainda que, a citada a Suspensão Condicional da Pena seja o objeto desse artigo, há outras maneiras punitivas diversas da execução da pena, como por exemplo, o livramento condicional, a suspensão condicional do processo em crimes de menor potencial ofensivo, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, entre outros.

Há aqueles cidadãos que são contrários a essas substituições da execução, por causar insegurança para a vítima e até sensação de injustiça. Entretanto, essas práticas diminuem gastos para o Estado, por não ter que construir mais presídios e, ainda, dar a possibilidade desses agentes infratores de não voltar a cometer conduta típica. Dentro da doutrina e jurisprudência o assunto é discutido com cautela por haver juristas mais dogmáticos e aqueles que utilizam o método zetético para justificar e utilizar o Sursis.

Para abordar o assunto acerca de Suspensão Condicional da Pena, serão analisadas duas premissas: a ótica do Estado detentor do poder de punir e de que forma o beneficia a aplicação do Sursis; o direito subjetivo do sentenciado de optar pelo uso ou não desse benefício e quais suas vantagens. Para tanto, é necessário ver não somente quais as situações em que pode utilizar o Sursis, mas as situações que de maneira nenhuma poderá ser aplicado.

O objetivo do estudo realizado é justamente explicar o significado, aplicação, espécies e principalmente fiscalização da suspensão condicional da pena, para ao fim verificar os benefícios em sua utilização para as partes: Estado e sentenciado.

A metodologia utilizada para a realização do estudo foram, doutrinas específicas de direito processual penal, além de sites para acesso às leis brasileiras e conteúdos atualizados.

1 SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA (SURSIS)

1.1 Conceito de Sursis

O termo suspensão significa o ato ou efeito de suspender-se algo, interrompendo de forma temporária ou, ainda, definitiva.

Para um melhor entendimento acerca de Suspensão condicional da pena, é necessário entender que, há uma Ação Penal, de natureza pública ou privada, movida em face de alguém (pessoa), onde esse foi condenado e deve cumprir a pena determinada pelo juízo, esse mesmo poder de punir vindo do Estado/juiz, também possui a possibilidade, em determinados casos, de suspender essa pena, desde que cumprida algumas condições.

As condições para a não aplicação da execução penal, é o que determinamos como Suspensão condicional da pena, ou popularmente mais conhecido como Sursis. Todavia, é imprescindível estar claro que o Sursis não deve ser visto apenas como um benefício, pois ainda é uma forma de punição e prevenção, instituído com o objetivo de reeducar o infrator/condenado que possui pouca periculosidade, em vista do delito cometido, sendo de menor gravidade, suspendendo, assim, a execução da pena privativa de liberdade.

O Código Penal, em seu artigo 77, institui os requisitos para a Suspensão condicional da Pena, onde dispõe:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Brasil, Código penal, 1984).

§ 2º - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (Brasil, Código penal, 1998).

Dessa forma, não basta apenas o crime ser de menor gravidade, o agente, já condenado por ele, não poderá ser reincidente em crime doloso, deve o juiz observar os antecedentes criminais, a conduta do agente perante a sociedade, bem como sua personalidade e não cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, para que, de certa forma, haja motivo para concessão de tal benefício.

Em simples de dizer, o Sursis, não é dado de forma simples, mas para aqueles em que a lei vê como potencial para reeducar, sem ter que ir para a prisão de fato. Então, é um benefício que o condenado pode adquirir, para não ser preso, mesmo o tempo de duração podendo ser superior àquele ao qual cumpriria não estando em liberdade, não obstante, vem predominando no aceite dos infratores. Vale ressaltar que a aplicação será limitada ao período de 2 (dois) até 4 (quatro) anos, suspendendo a pena por esse período, e caso não cumprida volta para a execução originária.

Além dos requisitos para a concessão, há as causas de revogação obrigatória elencadas pelo artigo 81 do Código Penal quais sejam: a) superveniência de condenação irreversível por crime doloso; b) frustração da execução da pena de multa; c) não reparação injustificada do dano; d) descumprimento da prestação de serviços ou limitação de fim de semana, no caso do Sursis simples. Embora as causas descritas sejam obrigatórias, existe uma causa facultativa de revogação do Sursis, descrita pelo parágrafo primeiro do mesmo, a qual determina que se o condenado descumpra qualquer outra condição imposta ou for irreversivelmente condenado, seja por crime culposo ou por uma contravenção, com pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Há duas correntes doutrinárias divergentes acerca da natureza jurídica da Suspensão Condicional da Pena, sendo uma que diz que é de natureza subjetiva do sentenciado, se tratando de um benefício, onde uma vez que preenchidos todos os requisitos legais, o juiz não poderá negar sua aplicação. Já em contrapartida, a outra, como o professor Damásio de Jesus (1999) que entende a suspensão condicional da pena, após a reforma penal de 1984, como outra modalidade de execução da pena, impondo ao sentenciado algumas condições a serem cumpridas por determinado percurso de tempo.

Não obstante, após a referida reforma penal, o instituto do Sursis passou a ser uma modalidade de execução da pena, por estar junto ao título III (três) "dos incidentes de execução", do Código de Processo Penal brasileiro. Contudo, por ser aplicado de acordo com a natureza do crime, a personalidade do agente e a graduação da pena, ainda será mais leve se comparado com a pena privativa de liberdade ao qual foi condenado o infrator.

1.1.1 Suspensão condicional da pena X Suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo, é diversa do que chamamos de SURSIS, para tanto, é conveniente conceituar o primeiro, para melhor compreender sua aplicação e suas diferenças em condições.

Inicialmente, está claro a partir do termo Suspensão Condicional do Processo, que teremos uma suspensão que apenas será aplicada se cumprida as condições estabelecidas pela lei, assim o processo não correrá, ou seja, nem se quer se iniciou.

Regulamentada pela lei 9099/95, onde dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, em seu art. 86, caput, o acusado poderá ter o benefício de ter a suspensão de seu processo criminal por 2 (dois) até 4 (quatro) anos se:

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (BRASIL, lei 9099/95, art. 96, caput).

Dessa forma, antes de se iniciar o processo penal, o Ministério Público, é o agente que possui a prerrogativa para propor a suspensão, no momento em que oferecer a denúncia, desde que, e sendo o principal requisito, a pena mínima cominada seja, necessariamente, igual ou inferior a 1 (um) ano, independente se for abrangida pela lei dos juizados ou pelo Código Penal Brasileiro. Além do requisito da pena, o infrator, não poderá ter sido condenado, nem mesmo processado por outro crime, o que chamamos de "réu primário", e ainda, deverá preencher os demais requisitos trazidos pelo §1º do mesmo artigo.

É fundamental ter em mente que a suspensão do processo é uma maneira que o Estado possui, vista como uma solução alternativa para problemas penais, buscando evitar o início do processo em crimes cuja pena mínima não irá ultrapassar 1 (um) ano. Vemos então que, não é vantajoso para os cofres públicos, muito menos para a justiça, gastar tempo com as contravenções penais e crimes com pena consideravelmente pequenas, e ainda, colocar esses acusados em prisões que iriam ficar cada vez mais lotadas. É por esse motivo que a Suspensão Condicional do Processo é muito bem vista, já que esses infratores teoricamente não representam riscos para a sociedade, muito embora terem cometido conduta delituosa e moralmente criticadas, ainda é mais proveitoso colocar esse indivíduo no cumprimento de condições para que seu processo e sequencialmente sua execução não venha acontecer, ou seja, dar uma segunda chance.

A principal diferença entre Suspensão condicional do processo e suspensão condicional da pena, está justamente no momento de sua aplicação. A primeira é requerida antes de se iniciar o processo, no momento da propositura da denúncia, já no caso da segunda, o processo já se iniciou, o acusado já foi condenado, mas o crime aqui cometido não é considerado tão pequeno como uma contravenção penal, mas sua pena também não é muito alta, sendo não superior a 2 (dois) anos.

Na suspensão condicional do processo o réu não responde a outro processo criminal, nem mesmo é condenado por outro crime, é inexistente a presença de uma sentença penal condenatória, e, por último, o infrator continua a ser primário e com bons antecedentes. Em contrapartida no Sursis, basta o réu não ser reincidente em crime doloso, há uma sentença penal condenatória, e os efeitos secundários da condenação irão permanecer, como por exemplo, a perda da primariedade.

Oportuno dizer que segundo a Súmula 337 do STJ, “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva” (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2007, DJ 16/05/2007 p. 201).

Ainda que teoricamente é requerida no momento da propositura da denúncia, a Jurisprudência reconhece que quando recorrida a sentença, e analisado o processo acarretar a desclassificação do crime ou apenas a procedência parcial da pretensão de punir do Estado, o juiz processante deverá conceder ao Ministério Público a oportunidade de propor a suspensão condicional do processo, desde que preenchidos os requisitos necessários. Portanto, não será necessário aqui anular a denúncia, muito menos o processo de primeiro grau, mas sim desconstruir a sentença condenatória, para assim aplicar o Sursis processual.

Se fosse falar de Suspensão condicional da pena, não teria prejuízo, pois aqui o processo já correu, já tem a sentença condenatória, a escolha aqui é do condenado, que terá a prerrogativa de escolher o que lhe é mais favorável, se o Sursis ou a execução da pena.

1.1.2 Da aplicação e espécies de Sursis

A suspensão condicional da pena é estabelecida pelo art. 77, do Código Penal. Todavia, sua aplicação é descrita pelo corpo do título III “Dos Incidentes Da Execução” e capítulo I “Da Suspensão Condicional Da Pena”, disposto no Código Processual Penal, como uma modalidade de execução da pena, de natureza de pena efetiva. O art. 696 vem para colocar outros requisitos, além dos demais, que nessa fase, já devem estar preenchidos, para assim, aplicar o benefício.

Art. 696. O juiz poderá suspender, por tempo não inferior a 2 (dois) nem superior a 6 (seis) anos, a execução das penas de reclusão e de detenção que não excedam a 2 (dois) anos, ou, por tempo não inferior a 1 (um) nem superior a 3 (três) anos, a execução da pena de prisão simples, desde que o sentenciado:

I - não haja sofrido, no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa da liberdade, salvo o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal;

II - os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

Parágrafo único. Processado o beneficiário por outro crime ou contravenção, considerar-se-á prorrogado o prazo da suspensão da pena até o julgamento definitivo. (BRASIL, Código processual penal).

Assim como deve ser preenchido os requisitos objetivos e subjetivos do art. 77 do Código Penal, o juiz, antes de suspender a execução da pena definitiva, deverá analisar se o condenado não possui condenação com pena privativa de liberdade no país ou em outros países, sendo essa irrecorrível, com exceção da pena privativa de liberdade de prestação de serviços à comunidade, conforme disposto no artigo 46 do Código Penal. Outra condição a ser verificada é a análise dos antecedentes e personalidade do sentenciado, além dos motivos e circunstâncias do delito, tudo isso para que haja a presunção de que esse, não voltará a cometer conduta típica. Caso ainda, venha a ser processado, pelo cometimento de outro crime ou contravenção penal, a suspensão condicional da pena concedida será prorrogada até o julgamento definitivo do mesmo.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, tendo sido concedido o Sursis, pelo período de dois a quatro anos, em razão de aplicação de pena não superior a dois anos e, ainda, respeitados os requisitos necessários, após o trânsito em julgado, deve haver uma audiência admonitória para advertir o sentenciado das condições do benefício ao qual deverá cumprir, conforme, também, o art. 160 da Lei 7.210/84. Caso intimado pessoalmente ou por edital, deixar de comparecer à audiência admonitória, o Sursis será considerado sem efeito, aplicando-se a pena de execução originária.

Mais profundamente, falando em aplicação, é possível dividir espécies de sursis, em: simples, especial, etário e humanitário.

O Sursis simples possui requisitos objetivos e subjetivos. Os requisitos objetivos são: a qualidade da pena, cabível apenas quando for pena privativa de liberdade, sendo

reclusão, detenção ou prisão simples, não sendo aplicável às penas restritivas de direito ou multa (art. 80, CP); quantidade da pena, a pena imposta não poderá ser superior a dois anos; e será aplicado apenas se não for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Já os requisitos subjetivos são: não reincidência em crime doloso, não podendo o agente ter sido condenado por crime doloso (com intenção); circunstâncias pessoais favoráveis, os motivos, a personalidade e os antecedentes do sentenciado.

Conforme o art. 78, § 1º do Código Penal, uma das condições impostas dos sursis simples, é a prestação dos serviços à comunidade e limitação do fim de semana, isso no primeiro ano do prazo de suspensão. Todavia, a sentença poderá especificar outras situações que subordina o cumprimento da suspensão, contanto que adequadas ao fato e ao caso concreto. A aplicação terá o prazo de dois a quatro anos, decorridos a partir da audiência admonitória, assim, será declarada extinta a pena privativa de liberdade com o cumprimento total do prazo estabelecido, sem revogação.

O Sursis especial, é estabelecido pelo art. 78, §2º do Código penal, onde a exigência objetiva é acrescentar a todos os requisitos do Sursis simples a reparação danosa, salvo se não o puder fazê-lo, ainda, até esse momento, a ordem subjetiva é adicionar as circunstâncias do art. 59, CP à todas as condições do Sursis simples, desde que lhe for favorável. Dessa maneira, será substituído o Sursis simples pelo especial, com as condições de proibição de frequentar determinados lugares, de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz e por último, o comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, mensalmente, informando e justificando suas atividades.

As condições poderão ser modificadas durante o transcurso do benefício, de ofício pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou mediante proposta do Conselho Penitenciário, ouvindo-se previamente o condenado. Nos casos em que a suspensão condicional da pena foi concedida pelo Tribunal, cabe a este fixar e modificar as condições ou ainda delegar ao juiz da execução que o faça.

O Sursis etário e humanitário concorda com o art. 77, §2º, CP, será aplicado ao condenado maior de setenta anos de idade (etário), ou a quem devido razões de saúde justifiquem a suspensão (humanitário). Assim, a execução da pena privativa de liberdade não superior a quatro anos poderá ser suspensa por um período estendido de quatro até seis anos.

A revogação nesses casos ocorre de forma obrigatória, quando: o sentenciado já beneficiário, durante o período de suspensão, for condenado, de forma irrecorrível, por crime doloso; frustrar a execução da pena de multa, embora não mais aplicável, ou não

efetue a reparação do dano, sem justificativa; descumprir a condição de prestar serviços à comunidade e ser submetido a limitação de fim de semana, no primeiro ano da suspensão.

Facultativamente poderá ser revogado o Sursis se o condenado descumprir outras condições impostas a ele na suspensão ou, ainda, for condenado, de forma irrecorrível, por crime culposo ou contravenção penal, com pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. O juiz ainda possui a prerrogativa, quando for revogação facultativa de, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até ao máximo (quatro para sursis simples e especial ou seis no caso de sursis etário e humanitário), se esse não foi o fixado (art. 81, §3º CP).

As condições do Sursis podem ser legais, onde a natureza e o conteúdo são estipulados por lei, variando de acordo com cada sursis, e ainda, judiciais, no qual será imposto discricionariamente pelo juiz no ato da sentença, observadas a conjunturas pessoais do condenado e vedadas as medidas que violem os direitos fundamentais.

Cabe aqui a análise do caso concreto para estabelecer qual será o período de prova e o tipo de Sursis a ser aplicado, haja vista que as circunstâncias de cada caso mudam a orientação do juízo na hora de desferir o benefício, por consequência, expirado o prazo e sem revogação, considera-se extinta a punição da pena privativa de liberdade.

1.1.3 Da fiscalização

A fiscalização das condições do Sursis penal está expressa na Lei de Execuções Penais (nº 7210/84), em seu art. 158, §§ 3º a 6º.

§ 3º A fiscalização do cumprimento das condições, reguladas nos Estados, Territórios e Distrito Federal por normas supletivas, será atribuída a serviço social penitenciário, Patronato, Conselho da Comunidade ou instituição beneficiada com a prestação de serviços, inspecionados pelo Conselho Penitenciário, pelo Ministério Público, ou ambos, devendo o Juiz da execução suprir, por ato, a falta das normas supletivas.

§ 4º O beneficiário, ao comparecer periodicamente à entidade fiscalizadora, para comprovar a observância das condições a que está sujeito, comunicará, também, a sua ocupação e os salários ou proventos de que vive.

§ 5º A entidade fiscalizadora deverá comunicar imediatamente ao órgão de inspeção, para os fins legais, qualquer fato capaz de acarretar a revogação do benefício, a prorrogação do prazo ou a modificação das condições.

§ 6º Se for permitido ao beneficiário mudar-se, será feita comunicação ao Juiz e à entidade fiscalizadora do local da nova residência, aos quais o primeiro deverá apresentar-se imediatamente. (BRASIL, Lei nº7210/84).

A partir de tal norma, é devido ao Conselho Penitenciário e ao Ministério Público a inspeção daqueles que estão subordinados à suspensão condicional, para a verificação do cumprimento das condições. Ao juiz da execução o dever de prover a falta de qualquer das normas estabelecidas ao supervisionado.

Segundo o art. 68, da Lei de execução penal, é atribuído ao Ministério Público, ainda, o requerimento de conversão das penas, bem como a progressão ou regressão dos regimes e a revogação do Sursis e do livramento condicional. Então, quando há descumprimento, logo o juiz irá abrir vista ao Ministério Público, afim de que esse requeira a revogação.

É possível apenas a partir desse ponto, notar que o Ministério Público ainda será o maior interessado no cumprimento pelo sentenciado, pois ele é o órgão que representa a sociedade como um todo, no caso, o Estado interessado em fazer com que, mesmo sendo beneficiado por não cumprir a execução da pena privativa de liberdade, ao supervisionado será dado a oportunidade de se realocar na sociedade e a previsão do não cometimento de mais delitos, pelo menos, teoricamente.

O Conselho Penitenciário é um órgão também responsável pela fiscalização da execução da pena, composto por membros nomeados pelo chefe executivo do Estado, Distrito Federal e dos Territórios, por membros da comunidade ou profissionais da área penal. O patronato, independente se público ou particular, é devido a assistência aos albergados e egressos (art. 78 da Lei 7.210/84), com a missão de reintegração destes na sociedade e fiscalizar o cumprimento das condições da suspensão condicional da pena. Cada estado disporá leis que regulamente a atuação dos servidores quanto à fiscalização.

Ademais, há o Conselho da comunidade, que é um órgão composto por representante comercial ou industrial, advogado com indicação da Ordem dos Advogados Brasileiros, defensor público e assistente social. A finalidade desse órgão é justamente o comparecimento nos estabelecimentos penais e entrevistar os presos, fazendo relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário.

É nítido notar que na lei de execução penal não se fala em fiscalização pela polícia militar estadual, que obviamente é o mais produtivo em fiscalizar, pois está nos ambientes públicos e ainda nas ruas, sabendo mais do que o Ministério Público ou o Conselho

Penitenciário. Entendemos que é uma lacuna na lei, que seria muito bem solucionada se o legislador colocasse como principal órgão fiscalizador.

A falta de fiscalização gera aos membros da sociedade a sensação de impunidade e de insegurança, o que é dever do Estado como direito social de cada cidadão, então sendo encargo desse, criar cada vez mais políticas públicas a fim de conter e supervisionar de formas mais resolutivas os que praticam e são condenado por cometer delitos.

Na região do interior do estado de São Paulo, é muito bem usado pelos policiais militares para fiscalização do Sursis penal ou ainda a execução da pena. Esses servidores registram através do boletim de ocorrência relatado e juntado ao processo de execução ao qual está em andamento ou suspenso. Assim, é comunicado ao juiz da execução, bem como ao Ministério Público para as devidas providências.

2 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E SEUS DEFEITOS

A pena de prisão teve sua origem no Brasil em 1930, com o Código Criminal do Império, podendo ser prisão simples ou de trabalho, não retiradas as penas perpétuas e de morte que ainda eram utilizadas nesse período. Desde sua implantação, já enfrentava problemas de precariedade, afrontando a Constituição de 1924 que vigorava na época, onde já trazia em seu corpo textual que as instituições prisionais deveriam ser limpas, seguras e, ainda, bem arejadas.

Desde o início da aplicação da prisão vem surgindo defeitos que, muito embora tidos como básicos, intimidam a sua eficácia, onde, inicialmente, objetiva além da punição, a prevenção para não cometimento de novos crimes e a ressocialização do condenado.

O primeiro defeito da prisão como forma de punição em nosso Sistema é que com o crescimento contínuo da população carcerária acarretando a proliferação de doenças, devido às más condições de higiene e ao número de presos por cela.

Outro ponto a ser observado é a violência emanada que ocorre nos presídios, conhecidos como “escola do crime”, pois há sociedades formadas dentro da cadeia, onde os próprios detentos praticam abusos em outros, como os novatos, ou ainda aqueles que por algum motivo não fazem parte do “grupo”. Embora o Estado tende a acobertar, é fato que o sentenciado pelo cometimento de crime menos grave ao se relacionar com criminosos de potencial grave terá a tendência de sair da prisão e voltar a praticar crimes na sociedade.

A falta de estruturas das prisões é outro grave problema que enfrentamos no sistema carcerário brasileiro, pois se a prisão objetiva, punir, mas também recuperar aquele preso para que ele volte para a sociedade como cidadão de bem, porque não investir em formas dentro dos presídios que melhorem esse detento de forma educativa, melhorando

sua mão de obra, todavia, o que ocorre é o sedentarismo e o aumento no consumo de drogas.

O trabalho seria o melhor remédio para auxiliar no processo de ressocialização, no qual, o preso irá trabalhar e a cada 3 (três) dias abatendo 1 (um) de sua pena total, desde que, seja de forma educativa, produtiva e condizente com a aptidão de cada um. Esse deveria ser o foco do Estado, se tem que haver pena privativa de liberdade em regime fechado, deve haver também formas desses produzir economicamente de alguma forma. Segundo o art. 28, caput da LEP, "O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva".

Dentre todos os vários problemas enfrentados pela prisão como forma de punição, o mais comum é o desemprego. Quando condenado, seja por crime grave ou não, gera um preconceito a sociedade como um todo e principalmente para os empregadores, onde não concedem o emprego aquele ex-detento que já teve sua pena extinta pelo cumprimento e embora tenha mão de obra qualificada, os antecedentes irão influenciar no preenchimento da vaga.

A solução para os defeitos do Sistema Carcerário Brasileiro é a privatização, onde terá mais estrutura e melhores condições para atender a demanda da população de presos existentes no país. Além disso, as penas alternativas como forma originária de punição, quando cabíveis, como as penas restritivas de direitos e o Sursis, sendo verdadeiramente eficazes.

2.1. Efeitos do Novo Coronavírus para a população carcerária

O ano de 2020 será marcado pela pandemia que o mundo enfrentou e ainda continua enfrentando por tempo indeterminado segundo a ciência, pela doença respiratória aguda grave caracterizada como Covid-19 ou Coronavírus, tendo sua origem na China, no fim do ano de 2019. O que não se esperava com essa pandemia é que o contágio seria tão extenso passando pelo mundo todo e deixando mortos e elevados números de pessoas infectadas.

Até o início do mês de novembro registram mais de 1,3 milhões de mortes mundiais, sendo mais de 170 mil mortes somente no Brasil, segundo os dados do site oficial da doença. Entre todas as medidas adotadas a mais eficaz, desde o início, foi o isolamento social, sendo a única solução no pico da doença, onde fecharam o comércio, igrejas, ambientes públicos como forma de amenizar o contágio. Outras medidas de segurança adotadas foram o uso de máscara, o álcool em gel em todos os estabelecimentos e para uso pessoal, proibição de aglomerações e evitar ao máximo sair de casa.

Mesmo com todas as medidas de segurança e o Estado apoiando e procurando formas para não aumentar o número de casos de Covid-19, o número de mortes ainda crescem. Foi necessário o Estado de forma federal aplicar um auxílio emergencial para ajudar os desempregados, os autônomos, os beneficiários do bolsa família, microempreendedores, dentre outros, como forma de amenizar os efeitos do isolamento social, pois cidadãos em casa não trabalham para garantir seu próprio sustento.

O ponto aqui a ser discutido é, como evitar aglomerações e procurar manter o isolamento social para diminuir o contágio da doença no sistema carcerário brasileiro. Segundo os dados do CNJ, em 17 de março foram recomendadas medidas preventivas para a propagação da doença no sistema prisional, dentre as quais, prisão domiciliar monitorada para os idosos, mulheres lactantes, HIV positivos e demais grupos considerados de risco. Essa medida não foi adotada, pois os Tribunais adotaram a ideia do ex-ministro Sérgio Moro que parte da linha de que não precisaria soltar, mas sim isolar aqueles que estão enquadrados no grupo de risco.

Para piorar a situação, o Poder Público recomendou o uso de containers para as celas de isolamento dos presos infectados e com suspeita de Covid-19, medida essa que vem sendo repercutida com nota de repúdio por parte da mídia e por organizações que se manifestam contrárias a essa prática. Para os defensores dos Direitos Humanos como Luciana Boiteux, advogada e professora de Direito Penal e Criminologia na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), tal medida viola o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana do preso.

Os dados oficiais publicados registram 39.595 casos confirmados e 199 mortes até o início do mês de outubro, no sistema prisional de todo o Brasil. Já no sistema socioeducativo foram registrados 4.190 casos confirmados e 22 óbitos. A produção desses dados é precária devido a vários fatores, o que pode concluir é que o número de óbitos dentre os presos em todo sistema carcerário pode ser bem maior.

3 BENEFÍCIOS DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA PARA O ESTADO E PARA O SENTENCIADO

Ao Estado como detentor do poder de punir, mas também como órgão financiador das prisões e do país como um todo, são muitos os benefícios de se utilizar a suspensão da pena.

Primeiramente, o Estado irá gastar menos com a prisão daquele sentenciado ao qual foi aplicado o Sursis, já que este irá retornar à sociedade, trabalhar, contribuindo para a previdência e seguridade social. Segundo os dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), o Brasil possui uma população prisional de mais de 773 mil detentos, dados do ano de

2019, pessoas privadas de liberdade em todos os regimes, incluindo as prisões provisórias, com um crescimento de 3,89% do último semestre do ano de 2018 ao primeiro semestre do ano de 2019.

Vendo esses dados, para o Estado não é proveitoso manter uma pessoa presa por um crime menos grave, dinheiro esse que será melhor aproveitado no caso de prisões de crimes mais graves, com penas e fatores de risco maiores.

Outro ponto benéfico ao Estado seria a presunção que ao sentenciado que cumprir o Sursis penal, não irá voltar a cometer crimes ou sequer contravenções penais. Pensando que é uma oportunidade de ressocialização e prevenção, além de gerar mais sensação de que está em liberdade, porém sendo restringido as condições estabelecidas, como punição.

Olhando pelo lado do sentenciado, há benefícios como poder seguir com sua vida quase normalmente, pois poderá trabalhar e manter sua sobrevivência, poderá ter o convívio social, que para nós humanos é essencial. No mais, o mais importante é ter a chamada "segunda chance", onde cumprindo o período de prova com todas as condições ao qual está subordinado, irá ter a extinção da pena privativa de liberdade, ou seja, restará cumprida a obrigação de cumprir sua pena originária, que era "cadeia". Sem contar a influência na hora de arrumar um emprego, pois presos tendem a ficar desempregados pelo preconceito da sociedade, ocasionando a prática de mais crimes, já o beneficiado pelo Sursis irá continuar com seu emprego e rentabilidade para seu próprio sustento.

Por fim, resta claro que para ambas as partes que a forma alternativa de pena aqui relatada é tida como serventia, e bem vista tanto pela sociedade, como doutrina e jurisprudência. Os juízes, assim que dão a sentença, quando cabível, já oferecem a suspensão condicional da pena, deixando à escolha subjetiva do réu.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do tema abordado é possível entender que nem tudo trazido de matéria penal e processo penal é tido apenas como punição, há outras formas a serem utilizadas para melhor resultado do que a pena propriamente dita.

O corpo da lei penal considera o bem jurídico tutelado e a pena a quem o infringir, mas também dá a possibilidade de outras formas alternativas de penas, para que não passe impune e não deixe de cumprir sua obrigação com a sociedade.

O que se presa neste momento não é somente punir, mas também prevenir a prática de outros crimes ou a reincidência, ou seja, voltar a delinquir, além de deixar para a

sociedade a mensagem de que conduta típica gera pena, punição, multa, e todas as outras formas utilizadas pela prática de crimes.

Por fim, os benefícios devem ser pré ponderados na hora da escolha do sentenciado de optar pelo Sursis ao invés da execução, sendo essencial verificar qual será mais proveitoso para ele, um direito subjetivo. Para o Estado resta, aguardar a escolha é sempre fiscalizar o seu cumprimento, já que, com certeza, só há rentabilidade para esse o máximo de utilização dessa forma alternativa de pena.

O presente trabalho procurou mostrar que diante de todos os problemas enfrentados com a pena privativa de liberdade como solução para práticas de condutas delituosas, o Sursis Penal é uma forma alternativa que deveria ter um foco maior por parte do Poder Judiciário e pelo Estado, deixando a prisão como *ultima ratio*, apenas para aqueles sentenciados perigosos, reincidentes e que vivam da prática de crimes.

É necessário que o Poder Público invista mais na aplicação e fiscalização da Suspensão Condicional da Pena como forma de amenizar a ideia de que prisão seria apenas aquela privativa de liberdade, colocando o condenado na cadeia por um determinado tempo, retirando o seu direito de conviver em sociedade. Tende a ser mais proveitoso, eficaz, produtivo, além de ser mais econômico para manter a ordem e a justiça com as medidas alternativas de pena, como está descrito em nossa bandeira nacional, procurar sempre obter a Nação em "Ordem e Progresso".

REFERÊNCIAS

BARROSO, Henrique Gabriel. **Quais as diferenças entre a Suspensão Condicional do Processo e a Suspensão Condicional da Pena (Sursis)**. Revista Jusbrasil. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj055141.pdf/consult/cj055141.pdf>>. Acesso em: 20 de out. 2020.

BRASIL. Lei nº7210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. Súmula 337 STJ, Terceira Seção, julgado em 09/05/2007, DJ 16/05/2007 p. 201. **Direito Processual Penal - Suspensão Condicional Do Processo.** Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

CALDAS, Felipe Reis. **O sursis como solução eficaz à pena privativa de liberdade.** Conteúdo Jurídico, 2014. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj055141.pdf/consult/cj055141.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 916 p.

Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados. Governo do Brasil. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/247956/referencia-site-abnt-artigos/>>. Acesso em: 26 out. 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1557 p.

Medidas adotadas pelo governo federal no combate ao Coronavírus. Gov.br, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/maio/medidas-adotadas-pelo-governo-federal-no-combate-ao-coronavirus-30-de-maio-1>. Acesso em: 16 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 905 p.

OLIVEIRA, Douglas Eduardo. **A fiscalização da suspensão condicional da pena e do processo pelas polícias militares. Controle das condições judiciais impostas ao sursis penal e processual.** Revista Âmbito Jurídico, 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-168/a-fiscalizacao-da-suspensao-condicional-da-pena-e-do-processo-pelas-policias-militares-controle-das-condicoes-judiciais-impostas-ao-sursis-penal-e-processual/>>. Acesso em: 20 out. 2020.

ANÁLISE ECONÔMICA DA LEI Nº 14.125/2021

EDUARDO ALVES WALKER: Juiz de Direito – Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM). Mestrando em Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos pela Ambra University. Pós graduado em Direito Público pela Faculdade Projeção. Graduação em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF).

Resumo: A pandemia COVID-19 vem gerando prejuízos econômicos incalculáveis. A vacinação é a única esperança de melhoria, porém, em janeiro de 2021, o Brasil se viu em um impasse entre Governo Federal e a farmacêutica Pfizer, que impossibilitou a contratação imediata dos imunizantes. Como reação legislativa, a Lei 14.125/21 fora aprovada em março. De quatro artigos, dois possuem expressiva carga de incentivos e de potenciais consequências econômicas, como a assunção dos riscos de efeitos adversos das vacinas pelos entes políticos e a possibilidade regrada de o setor privado adquirir os imunizantes. Adotando-se o método científico hipotético-dedutivo, busca-se responder ao seguinte problema: Houve correta avaliação do impacto legislativo na elaboração da Lei 14.125/21? A hipótese é de que a Lei foi elaborada às pressas e sem maiores cuidados com esta crucial análise. Como objetivo, pretende-se verificar se referida legislação está amparada por estudos de impacto legislativo sólidos, bem como analisar a eficiência e incentivos gerados pela norma. Justifica-se o trabalho, pois a avaliação de impacto legislativo é medida de extrema importância para a escolha fundamentada de políticas legislativas, proporcionando ao legislador opções economicamente eficientes.

Palavras-Chave: Covid-19. Vacinação. Eficiência e incentivos econômicos gerados pela Lei 14.125/21. Avaliação de impacto legislativo.

Sumário: 1. Introdução – 2. Análise econômica da Lei 14.125/21: 2.1 Da legística e da análise de impacto legislativo; 2.1 Da eficiência e dos incentivos gerados pela Lei 14.125/21. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

É muito comum que as legislações aprovadas em território nacional sejam apreciadas apenas sob aspectos tradicionais como a constitucionalidade, a juridicidade, a legalidade e a boa técnica legislativa.

A negligência que paira sobre outras análises igualmente importantes, não raras vezes, acaba por gerar normas altamente ineficientes e com um custo social que supera seus benefícios.

É justamente neste campo de atuação que a Análise Econômica do Direito vem ganhando espaço, pois possui uma proposta de ir além das costumeiras análises, buscando avaliar o impacto das legislações na sociedade sob o viés da teoria econômica.

Segundo Gico Júnior, *“A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.”*¹⁵⁴

Desta feita, o presente trabalho possui como objetivo realizar a análise econômica da Lei 14.125/2021, identificando se houve um correto estudo de impacto legislativo quando de sua elaboração e explorando quais os incentivos aptos a gerar aumento do bem-estar social e da eficiência.

2. ANÁLISE ECONÔMICA DA LEI 14.125/21

2.1 DA LEGÍSTICA E DA ANÁLISE DE IMPACTO LEGISLATIVO.

Conforme noticiado diariamente pela mídia nacional, o problema da pandemia COVID-19 vem perdurando para além das expectativas iniciais, gerando prejuízos incalculáveis à economia.

Para se ter uma noção do estrago, o PIB brasileiro em 2020 teve uma queda de 4,1% em relação ao ano anterior, mesmo diante da forte recuperação ocorrida no segundo semestre do ano, em virtude da ilusória superação do problema sanitário que envolveu positivamente o cenário econômico a partir de agosto de 2020¹⁵⁵.

¹⁵⁴ GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis Of Law Review*, 2010, página 13.

¹⁵⁵ BRASIL. Nota Informativa Conjunta da Secretaria de Política Econômica, Secretaria Especial de Fazenda e Ministério da Economia. *“Atividade Econômica, Resultado do PIB 2020 e Perspectivas”* Quarta-Feira, 03 de março de 2021 - <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/notas-informativas/2021/ni-atividade-economica-pib-2020-e-perspectivas.pdf>, consultado em 30/03/2021.

O último Relatório Focus, publicado em 19/07/2021 no sítio do Banco Central, estima de forma otimista a expectativa de crescimento do PIB para este exercício de 2021 em 5,27%.¹⁵⁶

Ou seja, mesmo levando em consideração a esperança da vacinação, somente agora há uma previsão de retorno do PIB ao patamar pré-pandemia, tamanha a devastação sofrida pela economia. São dois anos de economia praticamente estagnada, isto se restar confirmada referida previsão otimista de recuperação para 2021.

Diante deste panorama, o Brasil, assim como o restante do mundo, notou que a vacinação é a única esperança de melhoria do quadro a médio e longo prazo, porém se viu diante de um impasse entre o Governo Federal e a farmacêutica Pfizer surgido no fim de janeiro de 2021: O Presidente da República se negou a firmar avença com o mencionado laboratório, classificando como leonina e abusiva a cláusula contratual, imposta por este, de isenção de responsabilidade por efeitos colaterais da vacina.

O óbice imediatamente gerou reações do Poder Legislativo. Então, no dia 23/02/2021, o Senador Rodrigo Pacheco encaminhou o Projeto de Lei nº 534/2021, que *"Dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado"*, à apreciação do Senado Federal.

Após tramitação acelerada, o PL foi aprovado em ambas as casas legislativas, com pequenas alterações do texto original, sendo enviado à sanção presidencial no dia 03/03/21 e sancionado em 10/03/21, transformando-se na Lei 14.125/21.

A legislação é pouco extensa e formada por apenas quatro artigos, sendo que dois deles (e respectivos parágrafos) chamam a atenção por possuírem expressiva carga de incentivos e de potenciais consequências à economia. O primeiro autoriza os Entes políticos (União, Estados e Municípios) a adquirirem vacinas e a assumirem os riscos de eventual responsabilização civil por efeitos colaterais e adversos da vacinação, permitindo-se a constituição de garantias e a contratação de seguros privados para cobertura destes eventos. O segundo permite que o setor privado adquira vacinas em dois regimes diferentes: enquanto perdura a fase de vacinação dos grupos prioritários, toda compra deve ser doada ao SUS para fins de utilização no Programa Nacional de Imunização. Superada esta fase, é autorizado que metade das vacinas compradas sejam utilizadas de forma gratuita, desde que a metade remanescente continue sendo doada. Confira-se¹⁵⁷:

156 BRASIL. Banco Central do Brasil. *"Relatório de Mercado Focus"* - <https://www.bcb.gov.br/content/focus/focus/R20210716.pdf>, consultado em 20/07/2021.

157 BRASIL. Lei 14.125/2021 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14125.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.125%2C%20DE%2010%20DE%20MAR%C3%87

“Art. 1º Enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), declarada em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), ficam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios autorizados a adquirir vacinas e a assumir os riscos referentes à responsabilidade civil, nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas celebrado, em relação a eventos adversos pós-vacinação, desde que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tenha concedido o respectivo registro ou autorização temporária de uso emergencial.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir garantias ou contratar seguro privado, nacional ou internacional, em uma ou mais apólices, para a cobertura dos riscos de que trata o caput deste artigo.

(...)

Art. 2º Pessoas jurídicas de direito privado poderão adquirir diretamente vacinas contra a Covid-19 que tenham autorização temporária para uso emergencial, autorização excepcional e temporária para importação e distribuição ou registro sanitário concedidos pela Anvisa, desde que sejam integralmente doadas ao Sistema Único de Saúde (SUS), a fim de serem utilizadas no âmbito do Programa Nacional de Imunizações (PNI).

§ 1º Após o término da imunização dos grupos prioritários previstos no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, as pessoas jurídicas de direito privado poderão, atendidos os requisitos legais e sanitários, adquirir, distribuir e administrar vacinas, desde que pelo menos 50% (cinquenta por cento) das doses sejam, obrigatoriamente, doadas ao SUS e as demais sejam utilizadas de forma gratuita.

(...)”

A justificação do projeto foi a seguinte:

“A vacinação é a principal ferramenta para debelar a crise que estamos vivenciando. Nesse sentido, cabe ao Congresso Nacional aprimorar a legislação a fim de conferir flexibilidade e segurança jurídica para a aquisição dos imunobiológicos necessários para proteger o povo brasileiro. A escassez

da oferta de vacinas, somada à necessidade de acelerar o processo de imunização não nos autoriza a dispensar nenhuma oportunidade de aquisição.

Nesse sentido, propomos que a legislação autorize que, nos termos dos contratos eventualmente celebrados, possa o ente público assumir riscos e responsabilidades decorrentes de eventos adversos pós-vacinação, viabilizando, assim, o atendimento às condições atualmente impostas pelos fornecedores.

Também identificamos a necessidade de permitir a participação complementar da sociedade civil nesse processo tão desafiador. Assim, com o intuito de ampliar a capacidade de compra e os canais de distribuição, autorizamos a aquisição direta de vacinas por entes privados para doação ao SUS ou para comercialização, desde que concluída a vacinação dos grupos prioritários previstos no Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a covid19.

Desse modo, estaremos colaborando com o Poder Executivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para o enfrentamento dessa crise tão aguda e grave, que tanto mal tem causado ao povo brasileiro.”¹⁵⁸

Do ponto de vista da logística e da análise de impacto legislativo, é possível identificar de antemão algumas falhas cruciais na justificação da norma, que deixou de explorar aspectos importantes como: a) verificação do arcabouço jurídico que envolve o tema; b) soluções possíveis e comparação entre elas (análise custo-benefício); c) vantagens e inconveniências de cada uma das soluções possíveis; d) identificação dos impactos econômicos e sociais caso a legislação seja aprovada; e) análise qualitativa, quantitativa e de risco; f) impactos distributivos; g) custos administrativos; h) relações intergovernamentais; i) consulta entre ministérios envolvidos; j) consulta aos interessados na nova norma.¹⁵⁹

Como se observa, a justificação do projeto se limitou a tecer alguns rasos comentários sobre a exposição da situação, salientando a necessidade de se conferir flexibilização e segurança jurídica ao processo de aquisição de imunobiológicos.

¹⁵⁸ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 534, de 2021 - <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8928760&ts=1616203458123&disposition=inline>, consultado em 30/03/2021.

¹⁵⁹ EUROPEAN COMMISSION, “Impact Assesment Guideline” - <http://regulatoryreform.bg/en/wp-content/uploads/sites/2/2016/12/EC-Impact-Assesment-Guidelines-2009.pdf>, consultado em 01/04/2021.

Quanto à participação da iniciativa privada, se teve a sustentar a necessidade de participação da sociedade civil, no intuito de ampliar a capacidade de compra e distribuição dos imunizantes.

Neste ponto já se verifica uma grave contradição entre a justificativa e o Projeto de Lei: Aquela traz a ideia de que seria autorizada a aquisição de vacinas pela iniciativa privada para comercialização, mesmo que após a imunização dos grupos prioritários. O Projeto de Lei, contudo, em nenhum momento permite a comercialização dos imunizantes, desde sua redação original até a versão final sancionada pelo Presidente.

Veja-se, ademais, que não houve análise de possível aplicação das leis já existentes, indicação de outras soluções possíveis com suas vantagens e inconveniências, tampouco das implicações sociais e financeiras que o projeto poderia gerar. Quanto a estas, pode-se assegurar que não são poucas, mormente em se considerando o alto valor de eventuais indenizações, de contratação de seguros e constituição de garantias, além das consequências da proibição de venda pela iniciativa privada e necessidade de doação ao SUS (integral ou parcial, a depender do estágio da vacinação), impactando diretamente no total de imunizantes a serem adquiridos pelo país. Registre-se, ainda, a ausência de qualquer estudo sobre os custos administrativos e análises de risco, ou consulta aos ministérios envolvidos e aos interessados na nova norma, como a iniciativa privada, por exemplo.

Consigne-se, outrossim, que não houve pesquisa de adequação sobre a realidade brasileira, mormente diante do fato de que este regime jurídico de exclusão da responsabilidade das farmacêuticas existe a cerca de 40 (quarenta) anos, porém em países ricos, conforme ressalta o doutor em economia Thomas Conti, CEO da AED Consulting e professor no Insper160.

Por mais que o objetivo da norma seja nobre, não há base empírica para confirmar que o problema da escassez de vacina seria resolvido ou ao menos minimizado, mormente porque o impasse não surgiu com todos os fornecedores de vacina e aparentemente apenas o referido laboratório impôs esta dificuldade maior ao Brasil. Ademais, além de o produto da Pfizer possuir uma logística de transporte mais cara e complexa, já que precisa ser conservado a -70°C (informação esta que vem sendo reprocessada apenas após os

160 HARTMANN, Marcel. *“Entenda o que é o termo de isenção de responsabilidade da Pfizer, citado pelo governo brasileiro como entrave para compra da vacina.”* Zero Hora, publicado em 28/01/2021 - <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2021/01/entenda-o-que-e-o-termo-de-isencao-de-responsabilidade-da-pfizer-citado-pelo-governo-brasileiro-como-entrave-para-compra-da-vacina-ckkhc46fd006w017w7ikqrxlx.html>, consultado em 01/04/2021.

contratos firmados), quase 90% do imunizante comprado desta farmacêutica somente pode ser entregue a partir do segundo semestre deste ano.¹⁶¹

Veja-se, ainda, que a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e essência da Ordem Econômica, que, por sua vez, se funda em princípios como propriedade privada e livre concorrência (art. 1º, IV, e 170, *caput*, II e IV, da Constituição Federal). Assim, não obstante a necessidade de um sopesamento com outros direitos e fundamentos como a saúde (arts. 6º de 196 da CF) e dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), fato é que não houve uma melhor análise acerca desta relevante e complexa temática jurídica, o que não contribui para a efetividade, eficácia e eficiência do sistema jurídico. Ao contrário do sinalizado na justificativa, percebe-se que a norma traz consigo verdadeira insegurança jurídica, o que fica mais evidente quando já se observa decisão proveniente da Justiça Federal declarando a sua inconstitucionalidade no que tange à obrigatoriedade de doação integral ao SUS das vacinas compradas pela iniciativa privada¹⁶².

Outro aspecto que chama a atenção é que a nova legislação não impõe qualquer espécie de multa ou sanção àquelas entidades privadas que burlarem as regras e adquirirem vacinas para comercialização e sem entregar ao SUS.

A norma também não previu a criação ou destinação de nenhum sistema organizado para fiscalizar e prevenir eventuais desvios do que foi determinado, tampouco houve previsão dos respectivos custos regulatórios.

Aqui cabe referência aos ensinamentos de Douglass North: se incentivos contidos na matriz institucional recompensam a pirataria, novas organizações piratas surgirão¹⁶³. É o que se verifica no caso concreto, pois já há notícias de doses falsificadas e de compra por parte de empresários para uso em seus funcionários antes da vacinação dos grupos prioritários¹⁶⁴.

161 VALENTE, Jonas. *"Covid-19: Pfizer deve entregar 13,5 milhões de vacinas até julho"* Agência Brasil, publicado em 29/03/2021 - <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-03/covid-19-pfizer-deve-entregar-135-milhoes-de-vacinas-ate-junho>, consultado em 01/04/2021.

162 MIGALHAS, Redação do. *"Juiz autoriza sindicatos a comprar vacinas sem ter que doar ao SUS. Magistrado declarou inconstitucional artigo da lei que prevê a importação de vacinas, desde que sejam integralmente doadas ao SUS."* Publicado em 25/03/2021 - <https://www.migalhas.com.br/quentes/342455/juiz-autoriza-sindicatos-a-comprar-vacina-sem-ter-que-doar-ao-sus>, consultado em 02/04/2021.

163 NORTH, D. C. *"Institutions, institutional change and economic performance."* Cambridge: University Press, 1990.

164 CANOFRE, Fernanda. *"Origem chilena da vacina usada em BH é uma das hipóteses investigadas pela PF"* Folha de São Paulo, Publicado em 26/03/2021 - <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/03/origem->

Ressalte-se que o objetivo inicial do presente trabalho não é de proclamar o desacerto da Lei 14.125/21. Pelo contrário, a legislação trouxe importantes avanços econômicos, conforme se verá adiante. Busca-se apenas tecer críticas construtivas ao modo como foi elaborada.

Em suma, infelizmente a norma parece ter sido criada com base na intuição e no senso comum, afastando-se da teoria comportamental defendida por Cooter e Ulen.¹⁶⁵

2.2 DA EFICIÊNCIA E DOS INCENTIVOS GERADOS PELA LEI 14.125/21.

Feitas estas importantes considerações acerca da legística e da ausência da análise adequada do impacto legislativo da norma, passa-se a tecer comentários sobre a eficiência e os incentivos gerados para o aumento ou diminuição do bem-estar social da novel legislação.

A despeito das diversas escolas buscando demonstrar a interação entre direito e economia, o objetivo da Análise Econômica do Direito mantém-se o mesmo, qual seja, o de aplicar à ciência jurídica ferramentas econômicas visando maior eficiência.

O conceito de eficiência econômica está intimamente ligado à maximização da riqueza e do bem-estar social, e, para sua melhor compreensão, faz-se necessário alguns breves apontamentos sobre as teorias desenvolvidas por dois importantes economistas clássicos da era pós-industrial.

Vilfredo Pareto (1848-1923) foi pioneiro na criação de um critério de avaliação do bem-estar-social, propiciando significativas transformações no estudo da economia. Segundo o economista francês, uma sociedade atinge seu bem-estar máximo quando não for mais possível aumentar o bem-estar de um indivíduo sem diminuir de outro.¹⁶⁶ Em outras palavras, trata-se de um ponto de equilíbrio, chamado de Ótimo de Pareto, em que melhorar a situação de um agente necessariamente implica piorar a de outro.

Como se percebe, trata-se de um critério de difícil aplicação prática em termos de política econômica, pois impossível desenvolver qualquer ação social nesta esfera sem piorar a situação de ao menos uma pessoa.

chilena-da-vacina-usada-em-bh-e-uma-das-hipoteses-investigadas-pela-pf.shtml, consultado em 03/03/2021.

165 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *“Law and Economics.”* 5ª Edição. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008.

166 GARCIA, Fernando. *“Texto introdutório do livro: PARETO, Vilfredo. Manual de economia política.”* Trad. de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 13.

Já o critério de Kaldor-Hicks difere de Pareto por admitir a possibilidade de mudança social eficiente na hipótese de um indivíduo ter sua posição melhorada às custas de outrem (realocação econômica), contudo, desde que o perdedor seja ao menos teoricamente compensado, de modo a manter seu nível inicial de utilidade.¹⁶⁷

Este critério é vastamente aplicado na economia do bem-estar, mormente diante de sua vertente da análise custo-benefício, de sorte que novos projetos se justificam socialmente se houver um ganho maior para todos, mesmo que alguns indivíduos fiquem pior.

Daí podemos tirar a conclusão de que toda melhoria de Pareto é também uma melhoria Kaldor-Hicks, porém, o contrário não é verdadeiro.

Contudo, esta teoria também sofre críticas em razão da preocupação apenas com as melhorias, sem se importar com o problema da distribuição, o que inviabiliza em grande parte sua aplicação prática como meta de eficiência em si, mas não o impede de ser muito utilizado em testes de potenciais melhorias.

Tomando as retromencionadas teorias clássicas como parâmetro, veja-se que, a despeito de não ter sido realizada a necessária análise de impacto legislativo no caso concreto, não são poucos os estudos que apontam no sentido de que a vacinação é muito eficiente economicamente e capaz de gerar aumento considerável do bem-estar social. Sem dúvida, trata-se de uma externalidade positiva que surge em boa hora.

Segundo noticiado pela BBC News Brasil¹⁶⁸, há dados obtidos com a OMS e estudos de outras instituições e pesquisadores indicando que a vacinação evita, no mínimo, quatro mortes por minuto no mundo e gera uma economia de US\$ 350 bilhões, o que equivale a R\$ 250 milhões diários.

Para realização destes cálculos considera-se todos os custos envolvidos entre o período de 2001 e 2020, como internação, medicamentos, transporte, perda de produtividade, renda das pessoas que morrem prematuramente.

Ainda segundo o noticiário, a Universidade de Oxford pondera que a estimativa é bastante comedida, pois levou em conta que a imunização evitaria apenas cerca de 2 a 3 milhões de mortes por ano, eis que a pesquisa se refere somente a algumas doenças como

¹⁶⁷ LEMOS, Alan. *"Falhas de mercado, intervenção governamental e a teoria econômica do Direito."* - <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28656-28674-1-PB.pdf>, consultado em 26/03/2021.

¹⁶⁸ BBC, Redação do. *"Vacinas evitam 4 mortes por minuto e poupam R\$ 250 milhões por dia."* Publicado em 7/9/2020 - <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54029641>, consultado em 03/04/2021.

difteria, sarampo, coqueluche, poliomielite, rotavírus, pneumonia, diarreia, rubéola e tétano.

Em contrapartida, considerando estimativas razoáveis sobre a varíola, por exemplo, a Universidade destacou que seria possível imaginar aproximadamente 5 milhões de mortes por ano caso não tivesse sido desenvolvida a vacina, o que elevaria consideravelmente o retromencionado cálculo econômico. No caso do COVID, o mundo teve cerca de 2,8 milhões de mortes em 2020, com uma previsão assustadoramente maior para o fim de 2021 caso as vacinas não sejam totalmente implementadas, mormente diante da possibilidade de surgimento de novas variantes mais letais. Segundo publicação do Wall Street Journal datada de 10 de junho de 2021, o número de mortes por COVID-19 neste ano já supera o do ano passado¹⁶⁹.

Ou seja, a despeito de a OMS ainda não ter publicado estimativa da economia diária mundial gerada pela imunização específica do COVID, pode-se afirmar, com segurança, que os cálculos superam em muito os R\$ 250 milhões diários poupados com as retromencionadas doenças. É que, apesar de o COVID, exclusivamente, gerar uma estimativa de mortes semelhante àquelas outras enfermidades em conjunto (entre 2 e 3 milhões anuais), há um prejuízo extra muito severo decorrente do fechamento do comércio e fronteiras. Para se ter uma noção, levantamento feito pela Federação das Câmaras de Dirigentes Lojistas de Minas Gerais estima um prejuízo diário de 462 milhões de reais somente naquele estado da federação, com previsão de fechamento de 203 mil empresas (cerca de 58% do total)¹⁷⁰. Uma verdadeira catástrofe econômica com perdas irreparáveis para os próximos anos.

Assim, no que pertine à Lei 14.125/21, mesmo diante da análise de todos os custos envolvidos (preço de eventuais indenizações por efeitos colaterais, gastos com seguro e com garantias, custos com aquisição das vacinas, etc), pode-se dizer que é uma legislação direcionada a trazer eficiência econômica e aumento do bem-estar social, mormente no que pertine ao seu artigo 1º, pois visa desburocratizar o processo de aquisição dos imunizantes. Conforme visto, os prejuízos causados diariamente pela pandemia são incalculáveis e certamente os retromencionados custos não se aproximam dos benefícios econômicos que a imunização em massa trará, como vidas preservadas, reabertura do comércio e de fronteiras, valores poupados pelo SUS, etc. Não por outro motivo a

¹⁶⁹ KAMP, Jon; DOUGLAS, Jason; FORERO, Juan. "Covid-19 Deaths This Year Have Already Eclipsed 2020's Toll" – publicado em 10/06/2021 - https://www.wsj.com/articles/covid-19-deaths-this-year-have-already-eclipsed-2020s-toll-11623350773?mod=hp_lead_pos1 – acessado em 20/07/2021

¹⁷⁰ VALVERDE, Michele. "Comércio e serviços perdem 8,8 bi com onda roxa em MG." Diário do Comércio, publicado em 31/3/2021 - <https://diariodocomercio.com.br/economia/comercio-e-servicos-perdem-r-88-bi-com-onda-roxa-em-mg>, consultado em 01/04/2021.

vacinação é reconhecida como uma externalidade positiva clássica: o ganho social é maior do que os ganhos privados.

Outrossim, mais importante do que a resolução imediata do impasse entre Governo Federal e Pfizer é a prevenção de futuros entraves com outros laboratórios que também venham a oferecer vacinas no mercado. A lei deve incentivar a negociação reduzindo os custos de transação e removendo os impedimentos aos acordos privados, e é exatamente o que essa nova legislação faz.

Já no que diz respeito ao artigo 2º e parágrafos, chama a atenção o fato de que este debate, sobre oferecimento de vacinas pela rede privada, é peculiar ao Brasil. Segundo a médica brasileira Mariângela Simão, diretora do setor de Acesso à Medicamentos da Organização Mundial da Saúde (OMS), *“Em todos os países em que a OMS vem trabalhando, a gente está verificando que as compras estão sendo feitas pelo governo, e não pela iniciativa privada”*¹⁷¹

De todo modo, apesar de a legislação ter permitido a compra de vacinas pelo setor privado, a proibição de sua comercialização parece estar em consonância com o que vem sendo praticado em todo o mundo, o que se mostra adequado, pois a preocupação com o critério da distributividade se faz imperiosa diante da escassez dos imunizantes.

Sem dúvida há uma perda de eficiência inerente à própria natureza do mercado privado, que trabalha com a ideia de competitividade e de livre concorrência. Porém, não há como se negar que doenças infectocontagiosas como a COVID são externalidades que impedem que ocorra uma situação ótima, e este é o motivo da intervenção estatal vedando a comercialização.

Perceba-se que a norma, neste ponto, além de possuir o nobre objetivo de obstar o comércio de vidas (pois os que possuem melhores condições financeiras certamente seriam beneficiados), emprega uma conhecida estratégia econômica de internalizar as externalidades, incentivando a iniciativa privada a tratar os custos e benefícios sociais como privados. Como exemplo, uma empresa que adquire vacinas para imunizar seus empregados, mesmo sem poder comercializá-las e tendo que doar metade ao SUS, terá grandes benefícios como o ganho da capacidade produtiva daqueles que não mais ficarão doentes.

A maior controvérsia paira realmente na obrigação de doação integral ao SUS durante a vacinação dos grupos prioritários. A questão é extremamente complexa e sensível, já que muitos grupos de trabalhadores entendem que também deveriam ter

¹⁷¹ RIVEIRA, Carolina. *“OMS: debate sobre vacina na rede privada é só no Brasil.”* Revista Exame, publicado em 06/01/2021 - <https://exame.com/brasil/oms-debate-sobre-vacina-na-rede-privada-e-so-no-brasil/>, consultado em 04/04/2021.

prioridade, como rodoviários, motoristas de aplicativos, policiais e estudantes de medicina que estão na linha de frente, dentre outros.

Veja-se que o efeito prático da norma é, nesta ocasião inicial, de efetivamente impedir sindicatos ou representantes destes trabalhadores de adquirirem os imunizantes em prol da classe, pois tudo que for comprado deve ser doado ao SUS.

É um desestímulo que favorece perda de eficiência, pois não se mostra crível que categorias que já enfrentam dificuldades econômicas incriveis comprem vacinas por mera filantropia. Como consequência, a iniciativa privada simplesmente se absterá de realizar qualquer compra de imunizante, já que não é economicamente viável. Ademais, a insegurança jurídica causada é tremenda, pois a constitucionalidade da norma, neste ponto, é bastante controversa.

Em resumo, analisando-se economicamente este dispositivo em específico, percebe-se que o legislador perdeu a oportunidade de melhor aprofundar o tema e suas consequências, pois certamente haverá mais problemas atrelados à norma do que soluções. De outra sorte, os demais dispositivos são bem vindos e certamente trarão ganhos em eficiência e bem-estar social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 14.125/21 foi elaborada em um contexto sanitário que exigia celeridade do Poder Legislativo, que acabou por criar a norma sem se atentar à imprescindível análise de impacto legislativo em suas várias vertentes.

Porém, apesar de ter sido evidente a ausência de maiores estudos, pode-se dizer que havia um ponto positivo a favor do legislador que facilitou a tomada de decisão, que é o fato de a vacinação ser reconhecida como uma clássica externalidade positiva, que gera ganhos sociais maiores do que ganhos privados.

Diante deste cenário, a nova lei veio com o objetivo claro de incentivar a negociação, reduzindo os custos de transação e removendo os impedimentos aos acordos privados, o que é extremamente positivo do ponto de vista econômico.

Andou bem o legislador até mesmo no que diz respeito à necessidade de doação ao SUS de 50% dos imunizantes comprados pela iniciativa privada, pois buscou, de forma estratégica, internalizar as externalidades, incentivando esta a tratar os custos e benefícios sociais como privados.

Porém, pecou principalmente no entrave lançado durante o período de imunização dos grupos prioritários, pois a obrigação de doação integral acaba por inviabilizar por

completo a participação deste importante setor neste momento inicial, em sentido absolutamente contrário ao preconizado na justificação da norma. Ademais, a insegurança jurídica surgida é notável.

De todo modo, pode-se dizer que, em geral e a despeito das falhas, é uma legislação positiva que poderá auxiliar o Brasil no enfrentamento da pandemia, gerando aumento de eficiência e bem-estar social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BBC, Redação do. "Vacinas evitam 4 mortes por minuto e poupam R\$ 250 milhões por dia." Publicado em 7/9/2020 - <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54029641>, Acesso em: 03/04/2021;

BRASIL. Banco Central do Brasil. "Relatório de Mercado Focus" - <https://www.bcb.gov.br/content/focus/focus/R20210326.pdf>, Acesso em: 30/03/2021;

BRASIL. Lei nº 14.125/2021 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14125.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.125%2C%20DE%2010%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202021&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20responsabilidade%20civil,pessoas%20jur%C3%ADdicas%20de%20direito%20privado, Acesso em: 31/03/2021;

BRASIL. Nota Informativa Conjunta da Secretaria de Política Econômica, Secretaria Especial de Fazenda e Ministério da Economia. "Atividade Econômica, Resultado do PIB 2020 e Perspectivas" Quarta-Feira, 03 de março de 2021 - <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/notas-informativas/2021/ni-atividade-economica-pib-2020-e-perspectivas.pdf>, Acesso em: 30/03/2021;

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 534, de 2021 - <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8928760&ts=1616203458123&disposition=inline>, Acesso em: 30/03/2021;

CANOFRE, Fernanda. "Origem chilena da vacina usada em BH é uma das hipóteses investigadas pela PF" Folha de São Paulo, publicado em 26/03/2021 - <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/03/origem-chilena-da-vacina-usada-em-bh-e-uma-das-hipoteses-investigadas-pela-pf.shtml>, Acesso em: 03/04/2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. "Law and Economics." 5ª Edição. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008;

EUROPEAN COMMISSION, "Impact Assesment Guideline" - <http://regulatoryreform.bg/en/wp-content/uploads/sites/2/2016/12/EC-Impact-Assesment-Guidelines-2009.pdf>, Acesso em: 01/04/2021;

GARCIA, Fernando. "Texto introdutório do livro: PARETO, Vilfredo. Manual de economia política." Trad. de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996;

GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Economic Analysis Of Law Review, 2010;

HARTMANN, Marcel. "Entenda o que é o termo de isenção de responsabilidade da Pfizer, citado pelo governo brasileiro como entrave para compra da vacina." Zero Hora, publicado em 28/01/2021 - <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2021/01/entenda-o-que-e-o-termo-de-isencao-de-responsabilidade-da-pfizer-citado-pelo-governo-brasileiro-como-entrave-para-compra-da-vacina-ckkhc46fd006w017w7ikqrxlx.html>, Acesso em 01/04/2021;

KAMP, Jon; DOUGLAS, Jason; FORERO, Juan. "Covid-19 Deaths This Year Have Already Eclipsed 2020's Toll" – publicado em 10/06/2021 - https://www.wsj.com/articles/covid-19-deaths-this-year-have-already-eclipsed-2020s-toll-11623350773?mod=hp_lead_pos1 – Acesso em 20/07/2021;

LEMOS, Alan. "Falhas de mercado, intervenção governamental e a teoria econômica do Direito." - <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28656-28674-1-PB.pdf>, Acesso em: 26/03/2021;

MIGALHAS, Redação do. "Juiz autoriza sindicatos a comprar vacinas sem ter que doar ao SUS. Magistrado declarou inconstitucional artigo da lei que prevê a importação de vacinas, desde que sejam integralmente doadas ao SUS." Publicado em 25/03/2021 - <https://www.migalhas.com.br/quentes/342455/juiz-autoriza-sindicatos-a-comprar-vacina-sem-ter-que-doar-ao-sus>, Acesso em: 02/04/2021;

NORTH, D. C. "Institutions, institutional change and economic performance." Cambridge: University Press, 1990;

RIVEIRA, Carolina. "OMS: debate sobre vacina na rede privada é só no Brasil." Revista Exame, publicado em 06/01/2021 - <https://exame.com/brasil/oms-debate-sobre-vacina-na-rede-privada-e-so-no-brasil/>, Acesso em: 04/04/2021;

VALENTE, Jonas. "Covid-19: Pfizer deve entregar 13,5 milhões de vacinas até julho" Agência Brasil, publicado em 29/03/2021 - <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021->

03/covid-19-pfizer-deve-entregar-135-milhoes-de-vacinas-ate-junho, Acesso em:
01/04/2021;

VALVERDE, Michele. "Comércio e serviços perdem 8,8 bi com onda roxa em MG." Diário do
Comércio, publicado em 31/3/2021 -
<https://diariodocomercio.com.br/economia/comercio-e-servicos-perdem-r-88-bi-com-onda-roxa-em-mg>, Acesso em: 01/04/2021;

ANÁLISE DA SELETIVIDADE PENAL: QUEM SÃO OS ALVOS DE COERÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO?

GEOVANNI ELIFAS GOUVEIA DE ALMEIDA:
Graduando em Direito pelo Centro Universitário
UNA Betim¹⁷²

EVERSON SOTO SILVA BRUGNARA¹⁷³

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar se o Poder Legislativo e o Judiciário, enquanto instrumentos de controle social exercem no momento da elaboração e aplicação das leis a seletividade penal, frente a uma extensa legislação penal que impossibilita a aplicação do poder sancionador do Estado operar diante de todos os atos puníveis. A partir de um estudo dos desdobramentos do racismo que estrutura a sociedade brasileira, bem como a instituição judiciária, e, como consequência a construção do estereótipo do negro como criminoso, tendo o racismo enquanto elemento constitutivo da lei penal e tornando a raça um fator determinante no momento da sua execução. Ademais, com a apreciação dos dados do sistema carcerário como mecanismo identificador de quais são as pessoas que compõem o resultado do processo de criminalização.

Palavras-Chave: Seletividade Penal. Racismo Institucional. Sistema Penal. Estigmatização.

ABSTRACT: This article aims to analyze whether the Legislative and Judiciary branches, as instruments of social control, exercise penal selectivity at the moment of elaboration and application of laws, in face of an extensive penal legislation that makes it impossible for the application of the State's sanctioning power to operate in face of all punishable acts, from a study of the unfolding's of racism that structures Brazilian society, as well as the judiciary institution, and, as a consequence, the construction of the stereotype of the black as a criminal, having racism as a constitutive element of the penal law and making race a determining factor at the moment of its execution. Moreover, with the appreciation of data from the prison system as a mechanism to identify which people is the result of the criminalization process.

Keywords: Penal Selectivity. Institutional Racism. Penal System. Stigmatization.

¹⁷² Graduando em Direito pelo Centro Universitário Una Betim (desde 2017)..

¹⁷³ Orientador. Advogado. Especialista em Direito Público. Mestre em Administração pelo Centro Universitário Unihorizontes. E-mail: sotobrugnara@hotmail.com.

SUMÁRIO: **1.** Considerações iniciais. **2.** As concepções do racismo e seus impactos na sociedade brasileira. **2.1** Breve histórico do racismo estruturante da sociedade brasileira. **3.** A cifra oculta e a seletividade penal. **4.** Análise de dados do sistema carcerário. **5.** O estigma do negro criminoso. **6.** Considerações finais.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito Penal possui uma excessiva gama de fatos delituosos, o que torna a aplicação da lei penal, invariavelmente, impossibilitada de sancionar todos os atos enquadrados como fato típico, ilícito e culpável, logo, estrutura-se de modo a punir uns enquanto exime outros, pelo sistema de (in)justiça criminal.

Da análise dos encarcerados no Brasil, que hoje se classificam como a terceira maior população carcerária do mundo¹⁷⁴, nasce então, a partir dessa percepção, a necessidade de analisar quais são os indivíduos que compõem o sistema carcerário, para identificar similitudes diante desses sujeitos enquanto resultado do processo de criminalização.

Diante disso, o presente artigo se propõe a investigar se a raça é um dos parâmetros utilizados para selecionar os sujeitos passivos da sanção penal, enquanto fator determinante na aplicação da lei. Para alcançar o objetivo proposto optou-se por utilizar a metodologia descritiva e explicativa, quanto aos fins, já quanto aos meios é uma pesquisa documental e bibliográfica, do tipo qualitativa.

Assim, para o desenvolvimento da investigação, propõe-se descrever as concepções de racismo que estruturam a sociedade brasileira e apresentar seus impactos no Poder Judiciário, bem como, analisar como a atuação estatal perpetua o racismo. Busca-se ainda, verificar como o racismo da instituição judiciária se externaliza, ainda que não materializado na letra da lei, mas dentro dos parâmetros da legalidade, na tentativa de camuflá-lo como aparente aplicação da norma, corroborando na manutenção do encarceramento em massa, além de estabelecer o alvo do sistema penal pela racialização dos agentes criminalizados, a partir da construção do estigma do negro como criminoso.

Assim, após expostos a estruturação da presente investigação, passa-se a analisar os tópicos concernentes ao referencial teórico que a sustenta, seguidos das considerações finais e referências que auxiliaram na confecção deste artigo.

¹⁷⁴ De acordo com o banco de dados *online World Prison Brief*, em dezembro de 2019, o Brasil continha 755.274 presos, ficando atrás somente da China com 1.710.000 e dos Estados Unidos com 2.094.000.

2. AS CONCEPÇÕES DO RACISMO E SEUS IMPACTOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Para analisar os desdobramentos do racismo na sociedade brasileira e seus impactos no Poder Legislativo no momento da criação das leis e no Poder Judiciário para sua efetiva aplicação, faz-se necessário entender o que é o racismo e suas implicações sociais. À luz do conceito disposto no art. 2º, §2º, da Declaração sobre a Raça e Preconceitos Raciais da UNESCO (1978), compreende-se que o racismo:

Engloba as ideologias racistas, as atitudes fundadas nos preconceitos raciais, os comportamentos discriminatórios, as disposições estruturais e as práticas institucionalizadas que provocam a desigualdade racial, assim como a falsa idéia de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis; manifesta-se por meio de disposições legislativas ou regulamentárias e práticas discriminatórias, assim como por meio de crenças e atos anti-sociais; cria obstáculos ao desenvolvimento de suas vítimas, perverte a quem o põe em prática, divide as nações em seu próprio seio, constitui um obstáculo para a cooperação internacional e cria tensões políticas entre os povos; é contrário aos princípios fundamentais ao direito internacional e, por conseguinte, perturba gravemente a paz e a segurança internacionais.

Do mesmo modo, Almeida (2019, p. 15 – 22) conceitua o racismo como sendo:

Uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes e inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial a qual pertence. [...] Sendo, uma manifestação normal de uma sociedade, e não um fenômeno patológico ou que expressa algum tipo de anormalidade. O racismo fornece o sentido, a lógica e a tecnologia para a reprodução de formas de desigualdade e violência que moldam a vida social contemporânea (2019, p. 15 – 22).

Dessa forma, o racismo não é uma manifestação inerente ao ser humano ou algum desvio psíquico ou moral, mas uma construção do meio em que ele vive, de modo a organizar a vida em sociedade e implantá-lo como normalidade nos cidadãos, subvertendo a realidade, e obstruindo as possibilidades de desenvolvimento de quem é atingido por ele, que, aliás, se reinventa ao longo do tempo sempre que há uma ameaça de abalo às estruturas político-sociais, objetivando sempre a manutenção do poder.

A definição de quem é considerado negro muda de acordo com cada sociedade. No Brasil, a marca determinante é o fator étnico e/ou racial. Ainda que exista uma variedade de nomenclaturas para designar o negro, como pardo, mulato, moreno, dentre outros eufemismos, sendo inclusive, sob a ótica etimológica muitos desses considerados pejorativos, não se trata apenas de um mero jogo de palavras, mas de uma estratégia do processo de embranquecimento da pele e da cultura negra. Contudo, é inegável que qualquer que seja a nomenclatura, no Brasil, qualquer pessoa compreende imediatamente que se trata de um "homem de cor", como é chamado o descendente de africano escravizado, não importando a gradação da sua pele (NASCIMENTO, 2016).

Desse modo, o processo de embranquecimento do negro através da sutileza das palavras, é um modo de opressão imposta pelo racismo, tornando-os reféns, uma vez que, se declarar como negro é reafirmar a ocupação de um lugar de extrema violência, e não se enxergar como negro é estar sofrendo a violência do embranquecimento, não tendo um caminho pacífico, vez que este é o plano estratégico de apagamento da negritude.

Frente a essa realidade, negros de pele clara acabam por se identificar como brancos e os de pele retinta tendem a se descrever como mulatos, pardos ou qualquer outro escapismo do arsenal já mencionado. O que faz com que as classificações demográficas do Brasil criem uma subcultura dos que se denominam como pardos e, conseqüentemente, diminui a população autodeclarada negra, de modo que distorcem a realidade sob a análise social. Uma vez que o tom da pele pouco importa, sendo que os que se declararem pardo serão lidos como negros e serão alvos do racismo do mesmo modo, por isso, utiliza-se a junção de negros e pardos para analisar dados estatísticos da população negra brasileira (NASCIMENTO, 2016).

Ademais, a segregação imposta pelo racismo à população negra, ocasiona a estratificação social, enquanto um fenômeno intergeracional, afeto a vida das pessoas pertencentes ao grupo social, de modo que interfere e impede as chances de ascensão social, do reconhecimento material, obstruindo a trajetória de um cidadão negro brasileiro, organizando a sociedade em estratos diferentes a partir das desigualdades raciais e sociais (ALMEIDA, 2020).

De tal modo que, a vida do negro é marcada por um processo cíclico de manutenção das condições de subalternidade, no qual, se ele vive na favela, considerada como um espaço de precariedade e falta de elementos de subsistência, por falta de recursos financeiros para residir em áreas com melhores condições, por sua vez, a falta de dinheiro resulta da discriminação no emprego. Se a ausência de emprego se der por carência de preparo técnico e de instrução adequada, esta se deve a falta de recursos financeiros ou pela evasão escolar para trabalhar desde cedo para complementar a renda familiar. Logo, o negro é tolhido de todos os lados, prisioneiro desse ciclo vicioso, que o coloca numa

posição afastada daqueles que têm acesso a uma vida digna, sendo quase que impossível, diante desse cenário, uma melhora na qualidade de vida (ALMEIDA, 2020).

Destarte, para entender os impactos do racismo na sociedade e conseqüentemente na aplicação da lei penal, deve-se considerar que a sociologia, a partir dos conceitos de instituição e estrutura, descreve diferentes fenômenos sociológicos, que representam dimensões específicas do racismo, com impactos político-sociais. Dessa forma, passa-se a analisar o racismo a partir das concepções apresentadas por Almeida (2020), a saber, individualista, institucional e estrutural.

Sob a ótica da concepção individualista, o racismo é compreendido como uma patologia ou anormalidade do sujeito, de modo a não existir uma sociedade racista, mas sim, indivíduos racistas, que agem isoladamente ou em grupo. Porém, enxergar o racismo de forma a limitá-lo a comportamentos, deixa de se considerar que as maiores perversidades provocadas pelo racismo se deram sob a proteção da lei, com apoio de líderes políticos, religiosos e os considerados “cidadãos de bem”, como o exemplo da escravidão, não devendo então, entender o racismo como simples desvio moral e ético (ALMEIDA, 2020).

Outrossim, a concepção institucional compreende o racismo como o resultado do funcionamento das instituições, uma vez que a sociedade se organiza a partir delas, operando em uma lógica de poder, atuando de modo direto ou indireto, para a segregação racial, impondo desvantagens ou privilégios com base na raça, uma vez que se articulam de modo a determinar os comportamentos da sociedade, orientando as ações sociais a fim de normalizá-las. E, frente a essa articulação busca-se a estabilidade social, no sentido de designar normas e padrões que orientarão a ação dos indivíduos, objetivando a manutenção do poder e a perpetuação do domínio da classe que o detém sobre as demais. (SCHUCMAN, 2015, p. 56, *apud*, ALMEIDA, 2020). Desse modo, Almeida (2020, p. 28) identifica que:

O domínio de homens brancos em instituições públicas – o legislativo, o judiciário, o ministério público, reitorias de universidades etc. – e instituições privadas – por exemplo, diretoria de empresas – depende, em primeiro lugar, da existência de regras e padrões que direta ou indiretamente dificultem a ascensão de negros e/ou mulheres, e, em segundo lugar, da inexistência de espaços em que se discuta a desigualdade racial e de gênero, naturalizando, assim, o domínio do grupo formado por homens brancos (ALMEIDA, 2020, p.28).

Dessa forma, enquanto as posições de poder são ocupadas em sua imensa maioria por homens brancos, essa hegemonia faz com que esse grupo institucionalize os seus interesses, impondo normas e modos de pensar que normalize o seu domínio, para assim se manterem no poder, obstruindo as possibilidades de ascensão dos negros. Logo, as instituições moldam o comportamento humano tanto do ponto de vista das decisões e objetivos de vida, como também dos sentimentos, construindo os desejos e as preferências.

Ademais, a classe dominante possui ferramentas de implementação do controle social e cultural, de modo aparentemente indireto, porém, igualmente eficaz, como as várias formas de comunicação em massa, a imprensa, o rádio, a televisão, estando todos esses mecanismos à sua disposição e são utilizados para dizimar o negro enquanto pessoa e cultura, para não somente normalizar o racismo, mas para que os negros careçam de sustentação de modo a não se enxergar pertencentes à sociedade (NASCIMENTO, 2016).

Assim, a desigualdade racial é uma característica da sociedade não apenas por causa da ação isolada de grupos ou de indivíduos racistas, mas fundamentalmente porque o poder é elemento constitutivo das relações sociais, e as instituições dispõem diretamente dele, utilizando de mecanismos organizacionais para impor seus interesses políticos e econômicos. Logo, diante de uma sociedade formada por cidadãos com interesses conflitantes, as instituições se aproveitam desses antagonismos para exercer controle e, em tese, a preservação da paz social, a partir da imposição do seu poder, como é o caso do Poder Judiciário (ALMEIDA, 2020).

Com isso, se os Poderes Legislativo¹⁷⁵ e Judiciário¹⁷⁶ são formados, em sua quase totalidade de homens brancos, conseqüentemente no exercício do poder de criação e aplicação das leis, ainda que diante da imparcialidade imposta pelo ordenamento jurídico aos que ocupam os cargos dessas instituições, o poder está concentrado nas mãos de apenas um grupo de pessoas, que irão aderir normas que normalize a sua supremacia, a partir do estabelecimento de parâmetros discriminatórios baseados na raça, que servem para manter a hegemonia do grupo racial no poder. Isso faz com que a cultura, os padrões estéticos e as práticas de poder de um determinado grupo tornem-se o horizonte

175 Segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, nas eleições de 2020, dos eleitos, 55,59% eram brancos para 42,82% de negros, aqui compreendido a junção de negro e pardo. Já nas eleições de 2018 o percentual aumenta para 72,03% de brancos, para 27,74% de negros. Além da maioria branca, quando há eleição para ocupar cargos hierarquicamente superiores o número cresce expressivamente.

176 Segundo o Censo do Poder Judiciário, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, dos 64% dos magistrados e 60% dos servidores que responderam ao censo de 2013, os indicadores mostram que nos anos de 2012 e 2013 o judiciário era composto por 70,9% de brancos. Sendo que desde 1972 o menor percentual foi 70,3% de brancos, quase que estável em 42 anos.

civilizatório da sociedade, não causando estranhamento aos cidadãos a branquitude em massa que ocupa tais poderes.

Nesse diapasão, Silva Mello (1958, p. 22, *apud*, NASCIMENTO, 2016) aponta que: “Até os dias de hoje o negro tem sido julgado pelo branco, um juiz completamente tendencioso em seu próprio interesse, certamente mais que parcial e injusto, quando não flagrantemente criminoso.”.

Nesse sentido, além do controle social exercido pelas instituições a partir da ocupação do espaço de solucionadora dos conflitos que são inerentes à sociedade, os que não conseguem sanar, afetando-as, podem resultar em uma reforma que provocará alterações das regras e atuação de tais instituições. Logo, quando o grupo dominado começa a se rebelar, é necessário que o racismo seja externalizado de outra forma, ainda que para abrandá-los sejam necessárias medidas que ofereçam algumas vantagens, mas ínfimas a ponto de mudar a estrutura das instituições, ou seja, sempre que os preceitos que constituem a supremacia branca forem desafiados, a indiferença em relação às precárias condições de vida da população negra será substituída por uma posição ativa baseada no interesse próprio (ALMEIDA, 2020).

Todavia, essa constante reinvenção da externalização do racismo, pode ser entendida através do conceito do mito fundador, de Chauí (2001, p.6), enquanto “aquele que não cessa de encontrar novos meios para exprimir-se, novas linguagens, novos valores e ideias, de tal modo que, quanto mais parece ser outra coisa, tanto mais é a repetição de si mesmo.” Ou seja, o racismo é atemporal e acompanha os desenvolvimentos da sociedade e suas transformações históricas.

Por fim, a concepção estrutural compreende o racismo como elemento estruturante da sociedade, ou seja, o Brasil se construiu e se mantém tendo como base o racismo. Dessa forma, é possível falar de um racismo institucional, contudo não como algo criado pelas instituições, mas por elas reproduzido, o que significa que a imposição de regras e padrões racistas por parte destas é de alguma maneira vinculado à ordem social que ela visa resguardar. Assim como a instituição tem sua atuação condicionada a uma estrutura social previamente existente, o racismo que esta venha a expressar é também parte dessa mesma estrutura (ALMEIDA, 2020).

No entanto, as instituições são apenas a materialização de uma estrutura social ou de um modo de socialização que tem o racismo como um de seus componentes orgânicos, ou seja, as instituições são racistas porque a sociedade é racista. E, todo racismo é estrutural, ainda que se manifeste a partir das instituições ou atos isolados de indivíduos ou grupos de pessoas (ALMEIDA, 2020).

Ainda na concepção estrutural, o racismo é desdobrado em processo político e histórico. Político, porque enquanto um processo sistêmico de discriminação que estabelece os modos de se organizar a sociedade, para isso, depende do poder político, caso contrário seria inviável o impacto em grupos sociais inteiros, e o faz através do poder de polícia do Estado, pelo qual cria mecanismos para reprimir e condicionar o comportamento humano, a ponto de que o racismo integre as práticas do dia-a-dia, porém é fundamental ter as instituições como parte integrante dessa sistemática, pois elas agem sem a utilização aparente do uso da força, o que fornece uma inserção maior na sociedade (ALMEIDA, 2020). Como explica D'élia Filho (2007, online):

O controle social nem sempre é exercido pela via punitiva, uma vez que a família, a escola, a medicina, a religião, os meios de comunicação de massa, por exemplo, definem padrões de comportamento, induzindo condutas sem serem percebidos como instituições de controle.

De tal modo que o racismo enquanto processo histórico se coaduna com as peculiaridades da formação de cada sociedade, sendo que os aspectos econômicos, políticos e jurídicos são apreendidos e constituídos a partir da trajetória histórica da sociedade. E as características biológicas e culturais de um povo, só são significantes a depender das circunstâncias históricas, por isso que a raça é entendida, e seus impactos mudam, de acordo com cada sociedade. Assim, as classificações raciais tiveram papel importante para definir as hierarquias sociais, a legitimidade na condução do poder estatal e as estratégias econômicas de desenvolvimento, porque na formação do Brasil o racismo esteve presente desde a colonização, sendo construído a partir da exploração e das desigualdades raciais (ALMEIDA, 2020).

Dessa forma, é necessário entender todas as facetas do racismo para perceber que ele é mantido pelas instituições que se beneficiam com seu exercício, uma vez que comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade, cujo racismo é regra e não exceção, porquanto estrutural.

2.1 Breve Histórico do Racismo Estruturante da Sociedade Brasileira

A construção do Brasil, a partir da chegada dos portugueses no início da colonização, com o interesse na extração de recursos naturais utilizando-se da superexploração de mão de obra barata, instituiu a escravização de populações sequestradas do continente africano, sendo um dos fatores basilares mais importantes à época, vez que a sustentação da economia advinha da escravização (BORGES, 2020).

Dessa forma, a primeira mercadoria do colonialismo, com posterior desenvolvimento para o capitalismo, foi o corpo negro escravizado. Ainda, a escravização

não operou apenas no contexto da opressão física, mas estruturou o funcionamento e a organização social e política do Brasil, de modo que, as relações sociais são perpassadas por essa hierarquização racial, se refazendo e se externalizando de outros modos nesse percurso histórico, permanecendo sempre latente nas relações sociais, mantido pelas instituições e pela estrutura do Estado (BORGES, 2020).

Nesse prisma, durante o período de escravização havia partes do Brasil em que a população de escravizados era a maioria em relação aos considerados livres, e, devido às jornadas exaustivas de trabalho e superexploração, ocasionava mortes prematuras, fazendo com que o sequestro fosse constante, de tal modo que até a proibição do tráfico transatlântico, estima-se que houve o sequestro de cinco milhões de africanos (SCHWARCZ e STARLING, 2018).

Com isso, o país se estruturava e se constituía diante desse cenário de racismo, hierarquização racial e exploração, contudo, com o passar do tempo, a partir de fortes pressões da Inglaterra pelo fim do tráfico negreiro no Brasil, e para se evitar uma guerra entre os países, foi decretada a Lei Eusébio de Queirós¹⁷⁷, proibindo o tráfico de escravos.

Durante os anos seguintes, os países foram abolindo a escravidão, de modo que o Brasil caminhava para ser o único país escravista das Américas. E, com a péssima repercussão internacional e revoltas de escravizados, surgem defensores pró-abolição. A partir disso, foi aprovada a Lei do Ventre Livre¹⁷⁸, segundo a qual os filhos das mulheres escravizadas ficariam até os oito, ou facultativamente até os vinte e um anos, sob os cuidados do senhor de sua mãe, com posterior liberdade. Por fim, com o movimento abolicionista crescendo e várias revoltas acontecendo por todo país, e com muita luta dos negros, não tendo outra saída, a Princesa Isabel, assina a Lei Áurea¹⁷⁹ que “extinguiu” a escravidão no Brasil, independente de qualquer indenização, após três séculos de sua execução (ALONSO, 2018).

Conseqüentemente, a população negra no Brasil, antes escravizada, vivia nas senzalas ou casas dos seus senhores, se alimentavam do permitido, em sua maioria fruto do seu próprio trabalho nas plantações, não tendo outra realidade conhecida senão a escravidão.

Com a Lei Áurea, apesar de terem se tornados “livres”, a abolição representou o fim da possibilidade jurídica de exploração e objetificação do corpo negro, porém o Estado

¹⁷⁷ Lei nº 581 de 04 de setembro de 1850.

¹⁷⁸ Lei nº 2.040 de 28 de setembro de 1871.

¹⁷⁹ Lei nº 3.353 de 13 de maio de 1888.

não se preocupou em criar políticas públicas que assegurassem os direitos destas pessoas, e, diante da não emancipação dos negros agora livres, por carecer de assistência do Estado, ficaram à mercê da sorte, vivendo às margens de uma sociedade racista, na tentativa de entender-se como sujeito no mundo, algo que foi perversamente negado no sistema escravista (BORGES, 2020).

Vale ressaltar que o Estado, além de não garantir a incorporação dos negros ora escravizados como cidadãos pertencentes à sociedade, ainda discutiu a possibilidade de indenizar os antigos donos de escravos, por considerar existir prejuízo com a perda da sua propriedade, não havendo, contudo, a preocupação em garantir os direitos básicos à subsistência no momento de inserção dos negros no corpo social (ALMEIDA, 2016).

Assim, a crença na inferioridade racial do negro não evaporou com o advento da abolição da escravidão, o preconceito continuava crescente e os estigmas permaneceram. Após a saída das fazendas nas quais foram cativos, muitos negros vagaram pelas estradas e, na busca de melhores condições de vida, instalavam-se nos morros que não havia interesse pela burguesia em habitar, dando origem às primeiras favelas e vivendo de pequenos e esporádicos trabalhos, normalmente braçais. Costa (1998, p. 476, *apud*, ALMEIDA, 2016) salienta que “o negro, marcado pela herança da escravidão, não estando preparado para concorrer no mercado de trabalho e tendo de enfrentar toda sorte de preconceitos, permaneceu marginalizado.”.

Com isso, além do desamparo estatal ao qual os negros estavam sujeitos, o Estado cria ou intensifica os crimes, pelos quais dificultam qualquer tentativa da população negra de se sobrepular dessa nova exclusão, condenando as vítimas dos fatos sociais ao cárcere e à permanência na marginalidade.

Posto isso, dois anos após a abolição da escravidão, em 1890, surge o segundo código penal do país¹⁸⁰, que mantém a tipificação penal da vadiagem, antes condenada de oito a vinte e quatro dias, agora, passa-se a punir com prisão de quinze a trinta dias, e, se reincidente, nesse caso, por não conseguir meios para garantir a sua subsistência, seria recolhido por um a três anos.

Além disso, cresceu a prática de capoeira, expressão cultural da população negra, considerando seu praticante como vadio, com punição de dois a seis meses, e se reincidente, pena de três anos. Houve também a criminalização da cultura afro-brasileira, pela extensão dada ao significado de vadiagem, como o samba, os batuques, as religiões, as reuniões musicais que passaram a ter que ser registradas nas delegacias e sofreram forte repressão. O que evidencia a criminalização como ferramenta de controle social do Estado

¹⁸⁰ Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, através do Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.

e a perpetuação da dominação do negro, agora se utilizando do sistema criminal (ALBUQUERQUE, 2006, p. 247, *apud*, BORGES, 2020).

Segundo aponta Alexander (2010, p.7, *apud*, BORGES, 2020) "o sistema de justiça criminal torna-se, portanto, mais do que um espaço perpassado pelo racismo, mas ganha contornos de centralidade por ser uma readequação de um sistema racializado de controle social", de tal modo que, interligar ociosidade e criminalidade fez com que os negros que não se submetessem à disciplina produtiva fossem lidos socialmente como suspeitos perfeitos.

Ante o exposto, o racismo estrutural que constitui a nação brasileira não desapareceu com a abolição, ainda que a escravidão deixasse de ser prática legalizada da sociedade civil, o sistema de justiça criminal é o aparato garantidor da manutenção do racismo, a partir da criminalização de condutas que em sua grande maioria, diante do contexto social, atingirá os corpos antes escravizados, de modo a substituir a senzala pelo cárcere, que é tão veemente na atualidade.

3. A CIFRA OCULTA E A SELETIVIDADE PENAL

O Direito Penal é compreendido enquanto um conjunto de normas que qualifica certos comportamentos humanos considerados, pelo Poder Legislativo na propositura e aprovação da lei, como altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, afetando bens jurídicos indispensáveis à vida humana, ou seja, como infrações penais *lato sensu*, definindo seus agentes e fixando as sanções a serem aplicadas aos infratores, como instrumento de controle social, pelo qual o Estado exerce seu poder punitivo (CUNHA, 2020).

No entanto, para se promover a pacificação social e resguardar a segurança pública, guardando todos os cidadãos que tiverem seus bens jurídicos relevantes afetados, de modo a restabelecer a ordem social abalada pela quebra do contrato social, o Direito Penal se afirma como sendo a *ultima ratio* na resolução desses conflitos, quando a criminalização se torna o único recurso para coibir tais práticas, substanciando o princípio da intervenção mínima do Estado. E age de forma igualitária, sancionando aquele que cometer ato ilícito, punível e culpável, subsumindo a ato sem qualquer distinção do seu agente, embasado na igualdade assegurada pelo art. 5º da Constituição Federal¹⁸¹ (BITENCOURT, 2012).

¹⁸¹ 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.

No entanto, há críticas a essa igualdade na aplicação da lei penal, que aponta uma tratativa desigual no processo de criminalização, com base na estratificação social, onde a posição de criminoso não é preenchida simplesmente por um agente que pratica um fato delituoso, mas é levado em consideração fatores e características que influenciam no processo de seleção desse sujeito.

Nesse sentido, a criminologia crítica, idealizada por Baratta (2002), desloca o enfoque, até então dado pela criminologia às causas do desvio criminal e às características do criminoso, e se concentra nos mecanismos sociais e institucionais, através dos quais são criadas e aplicadas as definições de desvio e criminalidade, caracterizando o processo de criminalização, além de criticar o caráter desigual do direito penal e a seletividade estrutural sistêmica (BARATTA, 2002, p.160). Tendo, o autor determinado certas proposições que resumem a crítica:

- a) O direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) A lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) O grau efetivo de tutela e distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações de da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade (BARATTA, 2002, p.162).

Desta forma, a criminologia crítica se baseia na criação do que serão considerados desvios e na seleção dos indivíduos que serão atingidos por essas normas, com o intuito de demonstrar o controle social que os processos de criminalização produzem, através da imposição da sua repressão que recai diferentemente em determinados cidadãos.

Para entender como é o funcionamento do processo de criminalização, D'elia Filho (2007) a separa em três: a criminalização primária, exercida no momento da criação das leis, incriminando e permitindo a punição de certas pessoas. A criminalização secundária é o exercício da ação punitiva do Estado, desde a investigação policial até a execução da pena pelos agentes, como os policiais, promotores, juízes e os agentes penitenciários, que dão efetividade à lei criada ao caso concreto. Cominando na criminalização terciária, que é o estigma de criminoso que carrega o indivíduo que adentra o sistema carcerário.

Ainda que haja seletividade em todas as etapas, ela se manifesta mais fortemente na criminalização secundária, que é o momento efetivo de transumanar os delitos, logo, é perceptível que o sistema penal é completamente incapaz de processar e julgar todos os atos descritos como crime pela lei, assim, é impossível reprimir de forma igualitária todos

os delitos e todos os infratores, e é compelido a agir seletivamente ou optar pela inatividade (D'ELIA FILHO, 2007).

Percebe-se então que, para a funcionalidade do sistema penal, é necessário que se exista a seletividade, sendo esta intrínseca ao processo de criminalização, uma vez que seria impossível para o Poder Judiciário conseguir funcionar aplicando a lei penal a todos os cidadãos que cometessem algum delito, logo, não há possibilidade de se pensar em um sistema penal não seletivo. Como exemplificado por Zaffaroni (2010, p. 26):

A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operatividade dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população. Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitantes que não fossem, por diversas vezes, criminalizados (ZAFFARONI, 2010, p. 26).

Contudo, diante dessa seleção e consequente aplicação, ou não, da sanção penal, Castro (1983) trabalha um conceito, onde a diferença entre a criminalidade real, aquela em que há a soma de todos os delitos ocorridos, a criminalidade aparente, que são os delitos que chegam às autoridades do controle social, ainda que não seja efetivamente registrada, seja por desistência da ação, por ainda não ter sentença ou por qualquer outro motivo legal que faz com que o processo não siga seu curso ordinário e a criminalidade legal, em que há o efetivo registro e há uma condenação, é a chamada "cifra oculta"¹⁸².

Diante disso, extrai-se que os indivíduos encarcerados não representam a totalidade de pessoas que cometeram infrações penais, mas sim, os que foram selecionados pelo processo da criminalização, uma vez que diversos agentes cometem o mesmo fato e somente uma parcela destes irão ser sancionados e ter a cominação do direito penal ao seu caso concreto.

Por conseguinte, mesmo que a seletividade do sistema penal se dê de forma inerente ao seu funcionamento, fazendo como que a cifra oculta do crime seja uma realidade no processo de criminalização, buscam-se entender, então, quais são os critérios utilizados para determinar os alvos da coerção penal, haja vista que diante do mesmo fato

¹⁸² Castro denomina como cifra negra, mas por compreender mais adequado, utilizou-se cifra oculta.

sujeitos diferentes serão direcionados por caminhos que poderão levar ao encarceramento ou a liberdade e não responsabilização.

3.1 Cárcere: A Senzala do Pós-Abolição

Primordialmente, o cárcere, conforme Foucault (2020, p.28), se sustenta não pela necessidade de se punir a criminalidade na tentativa de manter o controle social, mas em uma lógica em que, "se os castigos legais são feitos para sancionar as infrações, pode-se dizer que a definição das infrações e sua repressão são feitas em compensação para manter os mecanismos punitivos e suas funções." Nesse sentido, o Estado cria a norma penal e sua sanção, de tal modo que age de forma premeditada e não repressiva. Nesse sentido, Borges (2019, p. 21 - 22) reconhece que:

Se esse sistema já operou explicitamente pela lógica da escravidão, passando pela vigilância e pelo controle territorial da população negra após a proclamação da República, pela criminalização da cultura e pelo apagamento da memória afrodescendente, percorrendo a aculturação e a assimilação pela mestiçagem e pela apropriação, pela negação do acesso à educação, ao saneamento, à saúde – questões que permanecem, inclusive –, hoje não temos um cenário de fim dessa engrenagem, mas de seu remodelamento (BORGES, p. 21 - 22).

Dessa maneira, o sistema de justiça criminal surge com uma disposição na qual cria o alvo que pretende reprimir, agindo de modo completamente diverso do garantidor da segurança, mas fomenta a insegurança para posterior intensificação da vigilância e repressão.

Ainda na época escravocrata, a partir de 1850, houve no Brasil um incentivo a imigração europeia sob o argumento de necessidade de mão de obra qualificada, o que ocasiona, com o fim da escravidão, a impossibilidade da população negra em ter ascensão enquanto classe trabalhadora. Com isso, mulheres negras acabaram como lavadeiras, cozinheiras e empregadas domésticas ainda sob contexto de superexploração. Aos homens negros sobravam, portanto, o enquadramento nas leis criminalizadoras, como a vadiagem, que deu abertura para indicar qualquer ação que ao entendimento de quem detinha o poder deveria punir, o que recaiu majoritariamente aos cidadãos negros sem ocupação em uma sociedade que fomentou a força de trabalho branca do exterior (BORGES, 2019).

O que fez com que a lógica da senzala se reproduzisse através do cárcere, subjugando o negro a uma realidade deplorável, submetido às vontades dos detentores do poder, perpetuando a falta de acesso a direitos, permanecendo às margens da sociedade.

Posto que, ser encarcerado significa ter uma série de direitos negados e adentrar em uma situação de profunda vulnerabilidade, logo, se não há interesse do Estado em assegurar os direitos básicos a uma vida digna ao negro brasileiro, para legitimar o descaso e a negação a esses direitos, utiliza-se da criminalização, para utilizar do amparo legal como justificador da marginalização, como afirma Borges (2019, p. 21) “a figura do criminoso abre espaço para todo tipo de discriminação e reprovação, com o respaldo social para isso”, que se dá pelo viés punitivista da sociedade, como também, do sentimento social em acreditar que, como analisa Foucault (2020, p.21) “a prisão não é bastante punitiva: em suma, os detentos têm menos fome, menos frio e menos privações que muitos pobres ou operários”.

Dessa forma, se alguém comete um crime pode receber sanções pela quebra das normas estabelecidas pelo ordenamento jurídico, contudo, os sistemas punitivos não se fixam apenas no campo jurídico, pois têm papel importante no ordenamento social, sendo que as instituições fomentam, na sociedade estruturalmente racista, uma crença no cárcere enquanto justiça o que faz com que, com amparo social, manter o negro em uma realidade de submissão, porém, agora não mais se justifica por ser uma raça inferior como na escravidão, agora o racismo utiliza-se da criminalização.

E os sistemas punitivos têm, em sua constituição, uma ideologia hegemônica ligada à sustentação de determinados grupos sociais em detrimento de outros, o que pode ser analisado diante dos dados do sistema carcerário.

4. ANÁLISE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Diante da já mencionada seletividade penal, analisar os dados do sistema carcerário brasileiro é compreender quais são os alvos de coerção do sistema penal. Atualmente o Brasil é a terceira maior população carcerária do mundo, com 759.518 presos, com um déficit de 231.768 detentos além da capacidade suportada nos presídios, de acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, além de que, 228.976 (30,14%) dos encarcerados estão presos provisoriamente, e, ainda que essa instituição tenha um caráter excepcional, acaba por ser responsável legal por quase um terço dos presidiários, ou seja, ainda que sem condenação é muito difícil escapar da prisão, sendo explícita sua utilização enquanto atalho do poder punitivo.

Além disso, 41,91% dos presos possuem entre 18 e 29 anos de idade, e, no que concerne ao grau de escolaridade, 51,35% não possuem o ensino fundamental completo, tendo, 14,98% o ensino médio incompleto, sendo, somente 9,65% com ensino médio completo, além dos 3,45% que são analfabetos. O percentual de presos que possuem ensino superior completo é de apenas 0,5%.

No que diz respeito aos tipos de delitos com maior incidência, os crimes contra o patrimônio lideram com 38,65% dos casos, seguido por 32,39% presos pelo crime de drogas, este, se analisado somente com os crimes hediondos sobe para a marca de 54,01% dos casos. E, no que concerne ao tempo de pena, analisados 333.107 mil detentos, 182.699 mil têm o tempo de pena entre 4 a 15 anos de privação de liberdade.

Ademais, em uma análise feita com 599.932 (79,06%) presos, 66,31% são negros, e, mesmo que se utilizando uma pesquisa com maior número de encarcerados, feita no ano de 2019 nos períodos de julho e dezembro, que teve como base 87,84% dos presos, não há diferença do percentual de negros, que se firma em 66,69%.

Em análise dos acusados em varas criminais, 57,6% são negros, enquanto que em juizados especiais que analisam casos menos graves esse número se inverte, tendo uma maioria branca (52,6%). Essa diferença ocorre porque a determinação de qual vara que tramitará o processo depende do tipo de pena pedida, decisão do promotor de Justiça. Nas varas criminais, a prisão é praticamente inevitável, diferente dos juizados que encaminham mais penas alternativas. Desse modo, há evidente desproporção no peso da definição das penas entre brancos e negros que cometeram um mesmo crime (BORGES, 2019).

Esta análise aponta para a juventude negra, com baixa escolaridade, como o alvo do sistema penal, além de que, esse mesmo sistema se preocupa mais com os bens patrimoniais e em se utilizar da brecha dada pela Lei de Drogas¹⁸³ que não estabelece o *quantum* de substância ilícita é necessária para se configurar como tráfico ou uso de drogas, além de dispor da prisão provisória como a inversão do princípio da não culpabilidade, para que, os jovens negros aguardem até que a inocência deles seja provada.

E em relação à situação econômica da população carcerária, não existem dados oficiais, mas, segundo Tanferri e Giacoia (2019, p.514), "sabe-se que não se foge do perfil da estigmatização apresentado". Nesse sentido, além de seletivo, percebe-se um aumento extraordinário da população carcerária, que dos anos 2000 e 2019, conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em apenas 19 anos houve 522.519 pessoas encarceradas, o que dá cerca de 76,3 pessoas por dia, mostrando um forte interesse no exercício do poder de controle estatal através do cárcere.

Desta feita, pode-se estabelecer que os corpos historicamente perpassados pelo controle e pela punição, devido ao passado escravocrata brasileiro, permanecem sendo vítima desse mesmo sistema, que tenta de todas as maneiras, agir sobre o respaldo legal, na manutenção do encarceramento em massa.

183 Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

5. O ESTIGMA DO NEGRO CRIMINOSO

Em um país em que a grande maioria da população carcerária é composta por pessoas negras, em sua maior parte jovem e de periferia, faz-se necessário entender como o estigma de criminoso recai potencialmente aos negros. Segundo Rondon Filho (2013) que conceitua o estigma como sendo:

Uma designação social que vai além do atributo pessoal e que gera um descrédito ao estigmatizado, interferindo na identidade social desse sujeito quando em interação social. É através do estigma que se designa a normalidade do outro pela depreciação do estigmatizado (RONDON FILHO, 2013, p. 271).

Dessa maneira, para compreender o que ocasiona ao negro o estigma de criminoso, é necessário observar que a escravidão no Brasil é o alicerce responsável pela convicção social da inferioridade dos negros e na propensão destes ao cometimento de crimes, haja vista que, pessoas negras eram tratadas como objetos, e quando não submissas às vontades do seu dono, eram tidas como delinquentes sujeitos a sanção corpórea pelo seu senhor, que pode ser compreendido pela análise de Foucault (2020, p.29) que afirma que “o corpo só se torna útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso.”. Assim, com o fim da escravidão resta ao Estado o poder sancionador, através do encarceramento, que recai sobre negros, em sua imensa maioria, a partir do estigma de criminoso que carrega os descendentes de africanos no Brasil.

Assim, além do estigma herdado pela escravidão, com uma análise pura dos dados estatísticos do cárcere, chega-se a conclusão de que se há maioria de jovens, negros, periféricos na prisão, logo, é porque são estes que cometem mais crimes, sendo assim, são eles os criminosos no Brasil, o que, aliás, é reforçado pelos canais midiáticos, que acompanham perseguições policiais na busca desses jovens negros nas favelas de forma sensacionalista, e é assistido pela população como resultado da luta contra a criminalidade. Contudo, D’élia Filho (2007, online) compreende que “os registros estatísticos revelam com maior precisão a atividade da polícia judiciária do que a realidade criminal.”.

Ademais, a sociedade é fomentada pelo medo, de modo que o Estado, corroborando e aplicando discursos e políticas que façam com que a sociedade sinta medo e, através dele, acredite que o encarceramento é uma solução e, imbuída de medo incentiva a violência, como o discurso popular de que “bandido bom é bandido morto” e fomenta a adesão às prisões. Assim, o sistema prisional acaba por representar para grande parcela da população segurança, como também a punição aos sujeitos que cometeram condutas socialmente reprováveis, diminuindo dessa forma a criminalidade, e, conseqüentemente o

medo (BORGES, 2019). Segundo o paralelo traçado por Borges (2019) entre o período colonial e o pós-abolição:

Se, por um lado, para a instituição do colonialismo foi utilizada uma filosofia religiosa para a superexploração de corpos negros, por outro, é o estereótipo formulado no período pós-abolicionista que seguirá perpetuando uma lógica de exclusão e consequente extermínio da população negra brasileira. Esse poder sobre corpos negros é exercido em diversas esferas. Seja na total ausência de políticas cidadãs e de direitos, como falta de saneamento básico, saúde integral e empregos dignos; seja pelo caráter simbólico de representação do negro na sociedade como violento, lascivo e agressivo, alimentando medo e desconfiança e culminando em mortes simbólicas, pela aculturação, pela assimilação e pelo epistemicídio, até as mortes físicas, que se estabelecem por violência, torturas, encarceramento e mortes (BORGES, 2019, p.41)

Nesse sentido, o processo de estigmatização é praticado principalmente pelos próprios agentes de controle social ostensivo, no momento em que selecionam os suspeitos, embasados nas suas características físicas e o lugar em que se encontram, uma vez que a seleção é discriminatória e ocorre com base no perfil de criminoso culturalmente construído, sendo em sua maioria pobre, negro e morador da periferia. Assim, D'élia Filho (2007, online) afirma que "o sistema penal é constituído na sua maioria de negros e pobres não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas sim por terem maiores chances de serem criminalizados.". Assim, mesmo com o encarceramento em massa, diante da não redução da criminalidade, a sensação de insegurança faz com que o medo se intensifique e a sociedade deseje penas cada vez mais severas, para que efetivamente alcance a sua segurança (ALMEIDA, 2016).

Desse modo, com a operação seletiva do sistema penal, os policiais tendem a perceber como suspeitos os indivíduos das camadas mais pobres e negras, como as periferias, priorizando a vigilância nesses espaços. Contudo, a consequência disso é a menor vigilância das camadas mais privilegiadas economicamente e brancas, consolidando uma estratégia de policiamento baseada no racismo institucional (SINHORETTO, 2014, p. 132). Conforme aponta D'elia Filho (2007):

As classes média e alta tendem a passar a maior parte do tempo em locais fechados; os indivíduos marginalizados vivem a céu aberto. Compreende-se, por isso mesmo, haver muito mais probabilidade de serem os delitos dos miseráveis vistos pela polícia do que os perpetrados pela gente de posição social mais elevada. Como consequência, idênticos comportamentos, dependendo do estrato a

que pertence o sujeito, mostrarão variações quanto a gerar o reconhecimento de serem criminosos (D'ÉLIA FILHO, 2007, online).

Assim, na fase de investigação, ao sujeito acusado como suspeito da prática de um crime, é automaticamente classificado socialmente como criminoso, principalmente pelo auxílio midiático. Posteriormente, no curso do processo, se houver condenação, não sobra mais possibilidade de desfazer o estereótipo adquirido, sendo um caminho sem volta, pois o sujeito que adentra no sistema prisional, mesmo que cumpra a totalidade da pena, que em teoria é o encargo pelo cometimento do crime, adjetivos como "criminoso", "marginal", "prisioneiro", "egresso", jamais o abandonarão, uma vez que socialmente a culpa é indissociável, tornando o sujeito para sempre ex-presidiário (TANFERRI e GIACOIA, 2019).

Dessa maneira, o negro brasileiro é marcado pelo estigma de criminoso que advém da sequela histórica deixada pela escravidão, com o desamparo e descaso do Estado em propiciar uma vida digna e inserir essas pessoas na sociedade. Daqui surge inclusive a crítica ao caráter ressocializador do cárcere, visto que os negros no Brasil nunca sequer foram socializados. Além disso, a partir da mídia, principalmente os telejornais, dos dados do cárcere, ou a simples imagem dele, e de toda uma sociedade punitivista, alimentada pela política do medo, cria-se o estigma do negro criminoso, mas agora, pautado na construção social, presumindo a condição de criminoso intrínseca a todo jovem, negro da periferia.

Dessa maneira, a aplicação efetiva da lei penal, na maior parte dos casos, apenas incide em face da estigmatização cultural do negro enquanto criminoso, que o leva a ser selecionado pelos agentes estatais como merecedor de sanção. Assim, os riscos de ser etiquetado como delinquente não depende tanto da prática de um delito como da posição do indivíduo na pirâmide social (MOLINA, 2013, p.135, *apud*, TANFERRI, GIACOIA, 2019). E, a seleção dos indivíduos da base do estrato social serve também, como forma de ocultação da criminalidade daqueles que detêm o poder, uma vez que a sociedade se distrai com a criminalidade em massa da população negra e pobre (RODRIGUES, 2003, p.123, *apud* TANFERRI, GIACOIA, 2019).

Posto isso, percebe-se que os próprios cidadãos, sob a influência de fatores históricos, culturais, econômicos e até mesmo midiáticos, acabam por sustentar a imagem racista constituída de negro criminoso, que invariavelmente coincide com aquela buscada pelos agentes de controle social.

Nota-se, portanto, um movimento cíclico em que a sociedade constrói o padrão a ser perseguido, e o Estado atua sob a influência desse padrão, de modo que os estigmatizados são selecionados como alvo de coerção do sistema penal, substanciando o

estigma fornecido socialmente, perpetuando o rótulo de criminoso (TANFERRI, GIACOIA, 2019).

Nesse sentido, não são os índices que determinam a política do encarceramento, mas a política que determina os índices. Assim, os dados estatísticos revelam com maior precisão o direcionamento da atividade da polícia judiciária do que a realidade criminal, como afirma Castro (1982, p.66) "uma multiplicação de delitos nas estatísticas pode significar somente uma multiplicação de esforços por parte da polícia e maior eficiência dos tribunais e não que a delinquência tenha aumentado" (D'ELIA FILHO, 2007).

Por fim, para que a seletividade penal continue por optar pelos negros, para que os juízes continuem sendo severos quando o sujeito do processo criminal é negro, para que o cárcere continue existindo em superlotação e na insalubridade e, para que a sociedade veja tudo isso e permaneça fomentando por sua continuidade, é necessária a manutenção do estigma do negro criminoso.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das exposições feitas, pode-se assim conceber que o Direito Penal, ainda que teoricamente seja igualitário, para a sua efetiva aplicação se faz necessário a existência da seletividade penal, e, através do racismo que substancia o Poder Judiciário, faz com que os alvos de coerção do sistema penal sejam os jovens negros, pobres e da periferia.

Foi possível constatar também, que por ser o Brasil, estruturalmente racista, o que faz com que, as instituições também o sejam, é necessário perceber que a seletividade penal que ocasiona o encarceramento em massa da população negra, nada mais é do que a manutenção do poder do grupo dominante, que se utiliza das instituições para naturalizar o racismo na sociedade e inibir qualquer resistência a sua manutenção.

Coaduna com o raciocínio anteriormente exposto, que embora os dados do sistema carcerário não representem a realidade da criminalidade brasileira, mas, todavia, o foco da atuação da instituição criminal, enquanto um braço desse processo sistêmico de dominação.

Ainda foi factível perceber que tudo está engendrado no estigma do negro criminoso, fruto da herança escravocrata, como também, do projeto político-social hegemônico que faz com que as pessoas negras não consigam acesso a direitos historicamente negados, permanecendo sempre na posição de submisso, acessando apenas o que lhe é permitido e a mídia é fundamental para que insira naturalmente aos cidadãos a luta contra a criminalidade enquanto decisão fundamental para chegar à tão sonhada pacificação social e dizimar o medo que permeia a sociedade.

Por fim, foi possível constatar que o produto final de toda essa sistemática racista é a insistência no cárcere como justiça, o que é, diante da análise conjuntural, equivocada, uma vez que é a seletividade penal que direciona o foco para encarcerar jovens negros, então, é a raça que definirá quem será punido ou não, sendo que, o racismo é elemento constitutivo do direito penal e a sua aplicação tem a raça como determinante apenas como curso natural, vez que o racismo estrutural do Brasil, naturaliza a segregação racial, de modo a não causar estranhamento toda uma divisão de raças, que concede aos brancos cargos de poder e impunidade, e aos negros o cárcere e a marginalização.

A presente investigação apresenta limitações, como qualquer outra investigação no campo da ciência, assim para comprovar as conclusões aqui descritas sugerem-se novas pesquisas, dentro da mesma temática com abordagens qualitativas e quantitativas, ou mesmo a triangulação destas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mariana Amaro Theodoro de. **Da Senzala ao Cárcere**: O estigma racial e seus reflexos no tratamento jurídico penal. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2016.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. 1º Ed. São Paulo: Sueli Carneiro, Pólen, 2019.

ALONSO, Ângela. **Processos políticos da abolição**. In.: SCHWARCZ, Lília Moritz e GOMES, Flávio (orgs.). Dicionário da escravidão e liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 361.

Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>> Acesso em: 19/04/2021

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3º ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 27º Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. 1º Ed. São Paulo: Sueli Carneiro, Pólen, 2019.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário**: VIDE: Vetores iniciais e dados estatísticos. Brasília: CNJ, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20/04/2021.

CHAUÍ, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**. 1º Ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts.1º ao 120). 8º Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais – 1978. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos Universidade de São Paulo. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/UNESCO-Organiza%C3%A7%C3%A3o-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Educa%C3%A7%C3%A3o-Ci%C3%A4ncia-e-Cultura/declaracao-sobre-a-raca-e-os-preconceitos-raciais.html>>. Acesso em: 16/04/2021.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: Quem são os traficantes de drogas. 1º Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Reação Social**. 1º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

Estatísticas Eleitorais. Tribunal Superior Eleitoral, 2021. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>>. Acesso em: 13/04/2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: Nascimento da prisão. Tradução: Pedro Elói Duarte. 42º Ed. Vozes, 2014.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Departamento Penitenciário Nacional, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>>. Acesso em: 08/04/2021.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2019.

Ministério da Justiça: Brasília, 2014.

NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro**: Processo de um racismo mascarado. 1ºEd. São Paulo: Perspectivas, 2016.

RONDON FILHO, Edson Benedito. **Polícia e minorias:** Estigmatização, desvio e discriminação. DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, Vol. 6, 2013.

SCHWARCZ, Lilia. STARLING, Heloisa. **Brasil: uma biografia.** 2° Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SINHORETTO, Jacqueline et al. **A Filtragem Racial na Seleção Policial de Suspeitos:** Segurança Pública e Relações Raciais. In: Segurança Pública e Direitos

TANFERRI, Andressa Silveira. GIACOIA, Gilberto. **A estigmatização do criminoso sob a perspectiva da Criminologia crítica:** a seletividade do sistema na Abordagem do *labelling approach* e a da inibição reintegradora. Revista Jurídica Cesumar, v. 19, 2019.

World Prison Brief, Banco de Dados Online. Disponível em: www.prisonstudies.org. Acesso em: 27 de nov, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas:** A perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5° Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

A PRECARIIDADE DO SISTEMA PRISIONAL COMO CAUSA EFEITO NA REINTEGRAÇÃO DO APENADO À SOCIEDADE

ISABELLA CAROLINA DE SOUZA DIAS:
Bacharelada em Direito pelo Centro
Universitário UNA

RAYANNE CAROLINA¹⁸⁴
(coautora)
NUBIA ELIZABETTE DE JESUS PAULA¹⁸⁵
(orientadora)

Resumo: Este trabalho de conclusão de curso irá abordar o sistema prisional e a reintegração do apenado a sociedade. Os desafios da ressocialização. Os incontáveis problemas no sistema carcerário brasileiro. Os direitos violados com a superlotação das celas, doenças, infraestrutura precária. Sobre a violência no sistema carcerário brasileiro. O aumento no índice de reincidência, reflexo no cárcere que se forma mais criminalidade, sendo que o objetivo da Lei nº 7.210/84 de Execução Penal, e da ressocialização do preso. Relatos de indivíduos que já foram presos, contato sobre o cárcere privado e sua ressocialização. O presente artigo busca apresentar os principais problemas do sistema prisional e o que pode ser feito para se obter resultado na ressocialização do apenado para ingressar na sociedade. Mostrando como seria a ressocialização, com trabalho, educação e respeito à dignidade dos presos.

Palavras-chave: Pena. Prisão. Ressocialização. Reincidência. Sistema Prisional.

Abstract: This course conclusion work will address the prison system and the reintegration of the sentenced to society. The challenges of resocialization. The countless problems in the Brazilian prison system. Rights violated with overcrowding of cells, diseases, poor infrastructure. On violence in the Brazilian prison system. The increase in the rate of recidivism, reflected in the prison that forms more criminality, being the objective of Law 7.210 / 84 of Penal Execution, and the re-socialization of the prisoner. Reports of individuals who have already been arrested, contact about private prison and its re-socialization. This article seeks to present the main problems of the prison system and what can be done to obtain a result in the re-socialization of the prisoner to join society. Showing what resocialization would be like, with work, education and respect for the dignity of prisoners.

Keywords: Feather. Prison. Resocialization. Recurrence. Prison System.

184 Acadêmica de direito no Centro Universitário UMA

185185 Professora na graduação no Centro Universitário UNA, professora no SupremoTV, Advogada

Sumário: 1 Introdução. 2 A origem e o surgimento da pena de prisão. 2.1 Principal função e objetivo da pena. 2.2 Sistema prisional e os critérios cegais de tratamento ao preso. 2.3 No Brasil a pena privativa de liberdade atende a finalidade na qual ela foi criada. 2.4 Principais problemas hoje em nosso sistema penitenciário. 3 A função do Estado na ressocialização do preso. 3.1 A importância da ressocialização no sistema prisional. 3.2 Desafios da ressocialização. 3.3 A ressocialização no sistema prisional da Noruega. 4. Alimentação, saneamento básico, tratamento, convivência dentro das penitenciárias. 4.2 Crises no sistema prisional brasileiro e a superlotação. 4.3 Direitos básicos e humanos. 4.4 Prisão e educação. 4.5 Prisão e trabalho. 4.6 Entrevistas: relatos de ex-detentos sobre a ressocialização. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

No presente artigo, serão abordados o surgimento e a atual realidade do sistema prisional brasileiro, como dificuldades na saúde, segurança e alimentação dos detentos. Destacando-se a Lei de Execução Penal nº 7.210/19843, que garante ao detento a devida assistência e outras garantias legais.

Entretanto, adverso do que estabelece a lei, os presídios atualmente acarretam um ambiente degradante e desumano ao detento, tendo em vista, a superlotação, a ausência de assistência médica, a precariedade na alimentação e a falta de higiene que provocam a disseminação diversas doenças.

A decadência dos presídios brasileira alcança não somente os detentos, mas também as pessoas que estão em contato com essa realidade carcerária de forma direta ou indireta. Como parentes e os funcionários que acercam o ambiente prisional.

Diante dos expostos citados nos parágrafos anteriormente, o sistema prisional, como sequelas de sua realidade, acaba fomentando a reincidência dos detentos, contudo, se os condenados fossem tratados com dignidade humana, iriam se reintegrar de forma adequada na sociedade com base na garantia constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo assim os objetivos do sistema prisional seriam alcançados de forma correta.

No entanto, muitos detentos acabam esquecidos nos presídios, em razão do abandono familiar, não tendo assim, um suporte. E como vivem em um ambiente abandonado pelo Estado, no qual o tratamento é desumano e ainda pesa muito sem o suporte e apoio da família, terminando muitas vezes se transformando em seres humanos amargurados e piores do que entraram no sistema prisional. Por isso, a grande importância da ressocialização do detento, com apoio do Estado, para que possam voltar ao convívio

social novamente, prevenindo assim mais criminosos nas ruas, isso garante não só a nova vida de um detento, mais também a nossa segurança.

2 A origem e o surgimento da pena de prisão

Antes de comentar sobre o surgimento da pena de prisão, convém falar sobre o conceito da pena que vem do latim *poena* e significa uma forma de castigo, punição, padecimento, aflição e sofrimento, no século XVII quem cometia um crime eles achavam que deveria dar a pena merecida sem nenhuma dignidade, eram mortos por decapitação e mutilação em forma de espetáculos para mostrar para a sociedade como era tratado quem comete um crime.

No fim do século XVIII, as punições começam a diminuir, em vez de punir o condenado fisicamente, começa-se a punição restritiva de liberdade, segundo Foucault:

“A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um “fecho” ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração”. (FOUCAULT, 1999, p. 13)

A forma cruel e abominável praticada com o condenado era assistido nas praças pela sociedade como se fosse um tipo teatro. Ao passar do tempo começam a ver a punição de outra forma, vendo que a pena vai muito do além de punir fisicamente, pois conforme Foucault (1999, p. 20) “não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, à vontade, as disposições”.

Finalmente começa a entender que a punição ao condenado por um crime deve ser proporcional ao delito cometido, tentando entender por qual motivo cometeu o crime, qual era a intenção e se era esse seu objetivo.

No século XIX surge os primeiros presídios na Filadélfia um sistema de reclusão total durante o período noturno, os detentos trabalhavam durante o dia, mas tinha regra não podiam se comunicar ou trocar olhares. Após esse período foram surgiram outros tipos sistema prisional.

2.1 Principal função e objetivo da pena

Entenda-se como pena toda sanção posta pelo Poder Público ao autor de uma infração penal.

Segundo Jesus (2012, p. 563) pena “é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico”. Acrescenta que a pena tem como finalidade preventiva, geral e especial no sentido de evitar novas infrações.

“Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes. Na prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo”. (JESUS, 2012, p. 563)

Dotti (2013, p. 553) explica que o conceito de pena é “a sanção imposta pelo Estado, através de previsão legal específica e consistente na perda ou restrição de bens jurídicos do responsável pela infração, em retribuição a sua conduta e para prevenir novos ilícitos”.

De acordo com Prado (2013, p. 627) entende semelhante, assim define a pena sendo a “privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal, prevista em lei e aplicada, pelo Órgão Judiciário, a quem praticou ilícito penal”.

Em outro pensamento, Delmanto (1988, p. 66) diz que a pena é a “imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada, pelo Órgão Judiciário, a quem praticou ilícito penal”.

Segundo Capez (2012) em relação ao conceito de pena o termo “readaptação social” do infrator assim definindo:

“A sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade”. (CAPEZ, 2012, p. 358)

Na direção da ciência que define a palavra pena é derivada do latim *poena*, que tem como significado de castigo, dor, punição, vingança, sofrimento e penitência. Logo a

aplicação de uma pena tem como finalidade de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor da infração penal, porque se impõe um mal ao infrator da lei penal.

Tem como característica de prevenção, sendo que possui por fim tentar evitar a prática de crimes, como intimidação com a aplicação da punição ou como privação ao infrator do fato, tentando assim prevenir e que não ele volte a delinquir, e se torne um reincidente.

De acordo com Dotti (2013, p. 559): “os princípios fundamentais relativos às penas são inerentes à própria ciência do Direito Penal”.

Com a Lei nº 7.209/1984 reformadas foram retiradas do Código Penal a divisão entre as principais penas, que são: reclusão, detenção e multa, e também foram retiradas acessórias como: perda de função pública, as interdições de direitos e a publicação da sentença, passando as penas a serem conforme art. 32 do Código Penal, privativas de liberdade, restritivas de direito e multa.

2.2 Sistema Prisional Brasileiro e os critérios legais de tratamento ao preso

O sistema prisional tem como função principal, a punição de criminosos e a ressocialização dos mesmos, para seu retorno a sociedade quando acabarem de cumprir a sua pena. Assim o Estado tem a obrigação de combater crimes, afastando os criminosos da sociedade, privando-os de liberdade, através do sistema prisional deixando assim sociedade correndo menos riscos.

Sendo assim, Foucault ensina:

“A reforma propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias do direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir”. (FOUCAULT, 2011, p. 79)

No Brasil o sistema prisional, não está cumprindo com a lei, pois os presos vivem em condições precárias e subumanas. Sabemos que os presídios vivem com a capacidade de presos muito maior do que o suportado, com aglomeração além do limite, falta de higiene pessoal, assistência médica e psicológica. Sendo assim a propagação de doenças graves se espalham com rapidez, onde os presos mais fracos acabam perdendo suas vidas.

Sendo assim, Assis diz:

“O sistema penal e, conseqüentemente o sistema prisional não obstante sejam apresentados como sendo de natureza igualitária, visando atingir indistintamente as pessoas em função de suas condutas, têm na verdade um caráter eminentemente seletivo, estando estatística e estruturalmente direcionado às camadas menos favorecidas da sociedade”. (ASSIS, 2007, [ONLINE])

Manifesta ainda Mirabete:

“A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere”. (MIRABETE, 2008, p 89)

Diante desse exposto, fica clara a responsabilidade de cumprir as normas estabelecidas em lei, e que claramente não está sendo cumprida pelo Estado, ressaltando a Lei de Execução Penal nº 7.210/1984 em seu artigo 10 diz:

“Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso”. (BRASIL, 1984)

Assim, conforme a norma acima é dever do Estado assegurar esse direito previsto pela Lei de Execução Penal, com objetivo de reeducar e ressocializar o preso, para devolvê-lo ao convívio da sociedade, evitando esse modo de criminalidade.

2.3 No Brasil a pena privativa de liberdade atende a finalidade na qual foi criada

A pena privativa de liberdade está prevista no artigo 33 e subsequentes do Código Penal, nos relacionados tipos penais, deve ser aplicada diretamente. Essas penas retiram o culpado do convívio social, retirando da sua liberdade perante a sociedade. O Código Penal adotou a pena privativa de liberdade como gênero e manteve a pena de detenção, reclusão e prisão simples como espécie.

Assim segundo Nucci:

“O método atual de punição, eleito pelo Direito Penal, que privilegia o encarceramento de delinquentes, não estaria dando resultado e os índices de reincidência estariam extremamente elevados. Por isso, seria preciso buscar e testar novos experimentos no campo penal, pois é sabido que a pena privativa de liberdade não tem resolvido o problema da criminalidade”. (NUCCI, 2009, p. 371)

No mesmo afinamento Mirabete:

“O sistema de penas de privativa de liberdade e seu fim constituem verdadeira contradição. É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daquele a que, em liberdade, deverá obedecer. Isso sem falas nas deficiências intrínsecas ou eventuais do encarceramento, como a superlotação, os atentados sexuais, a falta de ensino e de profissionalização e a carência de funcionários especializados”. (MIRABETE, 2003, p. 251- 252)

As penas privativas de liberdade são separadas por: reclusão, detenção e prisão simples. As penas de detenção e reclusão são baseadas na aplicação do delito praticado, sendo aplicadas nos regimes fechados, semiabertos e abertos. Em contrapartida, a pena de detenção é aplicada nas contravenções penais, seu regime é executado no local aberto ou semiaberto, entretanto as penas simples os agentes sempre ajustados dos condenados as penas de reclusão ou de detenção.

Nesse contexto Prado menciona:

“A diferenciação entre reclusão e detenção hoje se restringe quase que exclusivamente ao regime de cumprimento da pena, que na primeira hipótese deve ser feito em regime fechado, semiaberto, enquanto na segunda alternativa – detenção admite-se a execução somente em regime semiaberto ou aberto, segundo dispõe o artigo 33, caput, do código Penal. Contudo, é possível a transferência do condenado a pena de detenção para regime fechado, demonstrada a necessidade da medida”. (PRADO, 2005, p. 576)

Nucci certificou em sua obra que:

“São as penas de reclusão, detenção e prisão simples. As duas primeiras constituem decorrência da prática de crimes e a terceira é aplicada a contravenções penais. As penas de prisão simples devem ser cumpridas, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial

ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto". (NUCCI, 2010, p. 316)

São as penas mais utilizadas na legislação moderna, mesmo com o fracasso do sistema prisional brasileiro, sabemos que as nossas penitenciárias são de total desumanidade com a vida humana, destruindo assim a personalidade da maioria dos detentos, e alimentando ainda mais a criminalidade.

Devemos ressaltar, que o agravante do da infração, somente, não é razão para delinear o regime fechado. A origem para a pena tem que seguir critérios inscritos no artigo 59, do Código Penal, exaltando assim a Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal, que alinha a convicção sobre a importância da infração não funda a motivação idônea para a estipulação de penas mais graves, de acordo com o legal das penas aplicadas.

No mesmo sentido Bitencourt ressalta:

"A começar pelo fato de que somente os chamados crimes mais graves, são puníveis com a pena de reclusão, reservando-se a detenção para os delitos de menor gravidade. Como consequência natural do anteriormente afirmado, a pena de reclusão pode iniciar o seu cumprimento em regime fechado, o mais rigoroso de nosso sistema penal, algo que jamais poderá ocorrer com a pena de detenção. Somente o cumprimento insatisfatório da pena de detenção poderá levá-la ao regime fechado, através da regressão". (BITENCOURT, 2011, p. 517)

Ainda assim, devemos ter o conhecimento de que as penas privativas de liberdade têm um efeito negativo para o condenado, durante e após o cumprimento da pena. No entanto é importante ressaltar que para o indivíduo ser considerado culpado de um delito, é explícito que, deve-se acatar o princípio previsto na Constituição Federal, sobre a precedência prevista na Lei do artigo 5º, inciso XXXIX, que diz "não há crime sem anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Por fim, o nosso sistema prisional não chega nem perto do seu objetivo principal, que é a ressocialização do condenado, pois o ambiente e a falta de estrutura não favorecem na melhora de comportamento do indivíduo, ao contrário, favorece para o índice alto de reincidência após o indivíduo deixar o cárcere. Em muitos casos o condenado volta ao sistema carcerário e muita da culpa é a falta de direitos humanos que está dentro do nosso sistema prisional.

Nosso sistema prisional não se limita as deficiências de segurança pública. É um problema do Estado, o qual necessita ter um sistema de recuperação do preso, para devolvê-lo a sociedade, sem causar riscos à mesma.

2.4 Principais problemas hoje em nosso sistema penitenciário

O objetivo desse tema é levantar os principais problemas que ocorre hoje no sistema prisional brasileiro, a superlotação de celas, é um dos problemas mais enfrentados na maioria das penitenciárias brasileiras. Abordando também a falta de assistência médica, higiene pessoal, alimentação, sendo esses presentes fatores o principal fracasso do nosso sistema.

Enfim, a falta de estrutura das penitenciárias brasileiras contribui muito para a falta de ressocialização e da melhora do condenado. A Lei de Execução Penal prevê no seu artigo 88, que o cumprimento de pena se dê em cela individual com área mínima de 6 metros quadrados, o que é de conhecimento de todos, é que no Brasil não é cumprido em nosso sistema carcerário.

Ainda assim, o artigo 85 da Lei de Execução Penal, prevê que deve ter convergência entre a estrutura do presídio com sua capacidade de lotação, ainda assim, a grade quantidade de condenados tem como consequência não só o descumprimento das normas da lei, mas também, os princípios da Constituição Federal.

Conforme a Lei de Execução Penal nos seus artigos 12 e 14, o condenado terá assistência, se tratando de higiene pessoal, instalações e assistência médica, odontológica e farmacêutica. Entretanto, sabemos que na realidade, não chega nem próxima disso, na maioria dos casos, os condenados estão vivendo em condições precárias de espaço e higiene, causando assim a disseminação de doenças entre eles. A assistência médica muitas das vezes nem existem nas nossas penitenciárias.

Com um acompanhamento adequado médico evitaria muitos problemas em nossos sistemas, como tratamentos de doenças, maus tratos, outras violências que acercam os presídios, tudo seria constatado o provado por um médico.

Temos também os problemas com a alimentação, as estruturas das cozinhas das penitenciárias são precárias, tratando os detentos como animais não existindo higiene, nas preparações das refeições. As áreas destinadas como dispensa de alimentos, geralmente são sujas e composta por animas que causam doenças graves.

Camargo refere-se à superlotação:

“As prisões encontram-se abarrotadas, não fornecendo ao preso a sua devida dignidade. Devido à superlotação muitos dormem no

chão de suas celas, às vezes no banheiro, próximo a buraco de esgoto. Nos estabelecimentos mais lotados, onde não existe nem lugar no chão, presos dormem amarrados às grades das celas ou pendurados em rede". (CAMARGO, 2006, [ONLINE])

Todavia, a superlotação do nosso sistema prisional é prescrita no seu artigo 85, da Lei de Execução Penal prevê, "o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade". (BRASIL, 1984)

Em relação ao descaso dos presídios Assis diz que:

"A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas". (ASSIS, 2007, [ONLINE])

Ainda do mesmo contexto Senna relata:

"O sistema carcerário brasileiro, na quase totalidade, é formado por unidades pertencentes à esfera estadual de governo, a imensa maioria com excesso populacional carcerário, não possibilitando aos administradores, por falta de espaço físico, a individualização da pena, muitas vezes não havendo condições para separação entre os presos provisórios e os condenados, descumprindo uma norma da Lei de Execução Penal, que estabelece a custódia separada entre processados e sentenciada, e estes, pelos respectivos regimes". (SENNA, 2008, p.52)

Com a superlotação dos presídios, fica complicada a separação de presos conforme os crimes cometidos, fazendo assim que um preso que tenha cometido um crime menos expressivo e seja de baixa periculosidade, muitas das vezes divide a cela com aqueles que tenham sido condenados por crimes mais graves e seja de alta periculosidade.

Sendo assim essa realidade não condiz com o que está previsto no artigo 84, da Lei de Execução Penal, que diz, "o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. § 1º: O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes". (BRASIL, 1984)

O artigo 88 da Lei de Execução Penal assim dispõe:

“Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados)”. (BRASIL, 1984)

Sendo esse o artigo mais discordante da nossa realidade prisional, tendo em vista, que a maioria dos presídios brasileiros, os condenados vivem em condições sub-humanas, em decadência, e vivendo como animais.

Nesse contexto o autor Oliveira dispõe:

“O Estado deveria criar outras e estruturar as unidades já existentes desta natureza, para que estas recebam maior número de apenados, os quais se encontram em verdadeiros depósitos de homens, na maioria das vezes sem ter uma ocupação e uma perspectiva de melhora”. (OLIVEIRA, 1997, p.64)

Enquanto o sistema prisional não dá condições previstas no artigo 83 da Lei de Execução Penal, que dispõe, “o estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva”, não se pode falar em ressocialização de um condenado. (BRASIL, 1984)

Quando se fala em assistência médica e higiene para os condenados, o artigo 12 e 14 da Lei de Execução Penal, diz:

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. § 2º Quando o estabelecimento penal não tiver aparelhamento para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento. (BRASIL, 1984)

No entanto, os presos vivem em condições precárias quando se fala em higiene e saúde dentro dos presídios. Não se cumpre o que está previsto em lei, tornando o presídio um lugar onde se propaga doenças e mortes, muitas das vezes causadas pela deficiência do Estado perante o condenado.

Pires mediante esse contesto declara:

“Aqueles que já se encontravam presos e no curso do cumprimento de sua pena forem acometidos por doença, deverão receber tratamento adequado à curada enfermidade, devendo contar com a visita diária de um médico até que sua saúde seja restabelecida”. (PIRES, 2010, p 11)

Essa realidade bate de frente com aquilo previsto em lei, tendo em vista que sabemos que os condenados não possuem alimentação adequada, assistência médica, tão pouco matéria pra sua higiene.

Com essa narrativa, Pires explica:

“Diversos estabelecimentos prisionais permitem que terceiros façam o envio de pacotes de alimentos aos presos, alimentos estes que poderão ser consumidos entre os intervalos das refeições fornecidas pelo Estado”. (PIRES, 2010, P. 11)

Sendo assim, devemos ressaltar, que além da precariedade de alimentação, são distribuídas de forma desigual, em virtude do preconceito e da discriminação entre os condenados.

Ainda nesse contexto, Teixeira destaca:

“Fundada na ideia de individualização da pena, as Regras Mínimas para Tratamento do Preso apontaram para a exigência de um estudo da personalidade e um programa para tratamento individual do encarcerado, referenciando ainda sobre a vedação a qualquer espécie de discriminação (cor, raça, língua, religião etc.) como critério de separação de presos no interior das prisões, além de orientar sobre higiene e serviços médicos no cárcere, espaço físico e forma de punição, vedação à punição desumana, cruel ou degradante, bem como o bis in idem, ou seja, a dupla punição pelo mesmo fato criminoso”. (TEIXEIRA, 2008, p.16)

Destacando assim, que perante todo contexto, além dos maus, violências e vivência subumanas de falta de alimentação, higiene, e assistência médica, ainda ocorre preconceitos e discriminação por cor, raça, religião e até mesmo de periculosidade, tratando assim os condenados de forma desigual.

3 A função do Estado na ressocialização do preso

A Constituição Federal de 1988 prevê que é total responsabilidade do Estado, que todos os cidadãos tenham direitos e deveres fundamentais, a responsabilização do Estado em virtude da tutela jurisdicional em seu Art. 5º, inciso 35 e 49 da CR/88 que preleciona que o Estado deve manter integridade física e moral do preso, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

E esses direitos e deveres também servem para todos os presos que estão espalhados em unidades prisionais pelo Brasil. A população que se encontra presa, tem por obrigação ter seus direitos preservados, e tem direitos a reintegração social dentro dos sistemas, incluindo o direito de participar de programas para se ressocializar.

O Ministro Teori Zavascki, acompanhado pelo plenário, em seu voto ressaltou que a jurisprudência do Supremo reconhece a responsabilidade do Estado pela integridade física e psicológica daqueles que estão encarcerados, entendendo pelo dever de indenizar o preso em razão da rotineira violação de seus direitos fundamentais.

Conforme a jurisprudência:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - MUNICÍPIO DE MONTES CLAROS - ÓBITO DECORRENTE DE QUEDA DE PALANQUE - PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS - AUSÊNCIA DE VÍCIO NA ESTRUTURA METÁLICA - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 37, §6º, DA CF - DANO NÃO DECORRENTE DE QUALQUER CONDUTA COMISSIVA OU OMISSIVA IMPUTADA AO MUNICÍPIO - DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE - RECURSO DESPROVIDO. **Em regra, é objetiva a responsabilidade dos Entes Públicos, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, porém, tratando-se de fato danoso por omissão, decorrente da "faute dusevice", é firme o entendimento da doutrina e jurisprudência pátria no sentido de que a teoria a se aplicar será a Teoria da Culpa Administrativa.** Necessária, pois, nos casos em que os danos não são causados por conduta comissiva do Estado, a comprovação de que ele se omitiu no cumprimento do dever legal de obstar o ato lesivo, seja pela falta do serviço ou pela sua prestação ineficiente para

que reste caracterizado seu dever de reparação. Evidenciada a ocorrência do dano, mas a ausência de qualquer conduta comissiva ou omissiva do Município que tenha conduzido a tal ocorrência, haja vista que esse não agiu ativamente para sua realização, nem tampouco, foi imperito, negligente ou imprudente, cumprindo todas as cautelas na realização do serviço de sua alçada, manifesta é a inexistência do preenchimento dos elementos necessários à caracterização da responsabilidade civil que incorra no dever de indenizar. (TJMG – Apelação Cível 1.0433.11.003975-0/001, Relator(a): Des.(a) Amauri Pinto Ferreira, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/11/2016, publicação da súmula em 16/12/2016)“.

A responsabilidade estatal evoluiu no direito de forma a prestigiar princípios e valores sociais, mais voltadas à dignidade da pessoa humana. Mas sabemos que a realidade no Brasil não é bem assim, com o número de presos reincidentes sabemos que a ressocialização nas penitenciárias não servem para muita coisa, as vezes os tratamentos básico não são feitos, e por isso uma grande maioria sai dos presídios e voltam a cometer crimes, pois saem do sistema pessoas revoltadas e amarguradas.

Sabemos que o infrator ao cometer um crime, ele certamente terá que ser punido e isso cabe ao Estado punir. Mas essa punição deve ir muito além do castigo dado ao preso. Punir deveria ser um sinônimo de ensinar, no caso do nosso sistema prisional, os presos saem mais revoltado do que entraram.

Se tivessem um pouco de dignidade humana dentro dos presídios, e um motivo para acreditar que quando eles saíssem do sistema teriam novas oportunidades e uma vida pela qual seria aceito pela sociedade, tudo seria diferente. Mas isso não ocorre o preso passa por traumas, são tratados como animais comendo comidas de péssima qualidade, não têm o básico para higiene pessoal e vivem em celas que acomoda 5 pessoas com 20 ou até mais presos. São conhecimentos que tivemos através dos próprios presos quando tivemos a oportunidade de visitar algumas unidades prisionais

“O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, por exemplo, divulgou em 2008 que a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime chegava a 70% ou 80% conforme a Unidade da Federação (UF)”. (IPEA, 2015, p. 11)

Com isso podemos afirmar que o Estado não consegue cumprir com o seu papel de ressocialização do preso. Pois através de pesquisas variadas podemos ver que 70% a 80 % dos presos voltam a cometer crime. Segundo a Comissão Parlamentar de Inquérito entre 7 a 8 presos 10 são reincidentes pelos números podemos perceber quão falho é o nosso sistema prisional. (IPEA, 2015)

O relatório ainda afirma que:

“Embora considerada uma das legislações mais modernas do mundo, a LEP brasileira enfrenta obstáculos na aplicação de muitos de seus dispositivos. A legislação tenta, de um lado, garantir a dignidade e a humanidade da execução da pena, tornando expressa a extensão de direitos constitucionais aos presos e internos, e, de outro, assegurar as condições para a sua reintegração social”. (IPEA, 2015, p. 13)

Entende-se que o principal motivo da pena é tentar recuperar o infrator? Ensina-lo que não deve se cometer crime? Visto que esses são os objetivos da pena privativa de liberdade, o Estado deveria ter um plano melhor para ressocialização do infrator.

Então temos que enfatizar que o Estado e a sociedade têm uma importância muito grande na ressocialização do preso, exige-se que o Estado trace metas e medidas essenciais que dê ao infrator orientações para o seu retorno a sociedade.

Neste contexto, Segundo Masson destaca:

“A justiça restaurativa tem como principal finalidade, portanto, não a imposição da pena, mas o reequilíbrio das relações entre agressor e agredido, contando para tanto com o auxílio da comunidade, inicialmente atacada, mas posteriormente desempenhando papel decisivo para a restauração da paz social”. (MASSON, 2010, p. 535)

É importante que o estado e a sociedade de uma oportunidade e uma segunda chance para os presos, ajudando na ressocialização e no convívio social, não discriminando, mas mostrando um outro futuro, para que os presos não venham se reincidir.

3.1 A Importância da Ressocialização no Sistema Prisional

Perante ao capítulo anterior não temos dúvida que a necessidade de respeitar a dignidade humana e o direito dos presos a terem um método de ressocialização para que regresse a sociedade após o cumprimento de sua pena.

Muitos ainda com pensamentos radicalista, pensam que no Brasil os presos possuem privilégios e possuem proteção excessiva do Estado. Mais quem já teve a oportunidade de adentrar ao sistema prisional para uma visita que seja, sabe bem que a realidade não é como muitos pensam, tive a oportunidade algumas vezes, e é nítido de que a vida dentro de um sistema carcerário, não respeita o mínimo da dignidade humana.

Santos (1995, p. 193) em suas palavras sobre a ressocialização explica que “é a reintegração do delinquente na sociedade, presumivelmente recuperado.”

Albergaria em sua concepção:

“[...] a ressocialização é um dos direitos fundamentais do preso e está vinculada ao *welfar estatate* (estado social de direito), que [...] se empenha por assegurar o bem-estar material a todos os indivíduos, para ajuda-los fisicamente, economicamente e socialmente. O delinquente, como individuo em situação difícil e como cidadão, tem direito a sua reincorporação social. Essa concepção tem o mérito de solicitar e exigir a cooperação de todos os especialistas em ciências do homem para uma missão eminentemente humana e que pode contribuir para o bem-estar da humanidade”. (ALBERGARIA, 1996, p. 139)

A ressocialização do indivíduo de uma forma correta e humana, ajuda toda uma sociedade, e assim o sistema prisional ensinaria que ali é um lugar para aprendizado para que você não volte a cometer um crime, e que todos temos direito a aprender, e mudar a vida de uma forma, sendo assim tendo uma segunda chance com dignidade e respeito ao ser humano. Diminuindo a sim a taxa de presos reincidentes.

Acredito que o condenado deveria ser explorado em áreas dentro de um programa de ressocialização na qual ele se destaque de alguma maneira, assim mostrando a ele que pode possuir outro potencial e servir para muitas coisas na qual ele não precise praticar um crime. Sendo ele assim capaz de se reintegrar à sociedade.

Nesta mesma visão Gaya explica:

“Orienta esforços no sentido de dotar tais pessoas com conhecimentos capazes de estimularem a transformação da sociedade vigente, a finalidade seria restabelecer ao delinquente o respeito por estas normas básicas, tornando-o capaz de corresponder no futuro as expectativas nelas contidas, evitando assim, o cometimento de novos crimes, a reincidência, mas deparados com o nosso atual sistema podemos sintetizar uma diminuição do efeito e alcance da finalidade pretendida”. (GAYA, 1993, p. 18-20)

A principal função da ressocialização é preparar o preso, para reintegrar à sociedade, com dignidade e respeito que nós todos merecemos. Demonstrando um futuro

melhor e outros objetivos em sua vida, deixando o sistema prisional com mais confiança de ter a oportunidade de uma vida normal, trabalhando dignamente e não retornando a cometer novos crimes.

3.2 Desafios da Ressocialização

Com diversas leis existentes, o estado vem desrespeitando o art.1º da Lei de Execução Penal, que informa que a lei de execução tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, sendo sua finalidade de ressocializar e não de vingança.

O maior desafio da ressocialização são os tratamentos que os presos têm nos presídios, sendo tratados de forma cruel e degradante, tornando-se um verdadeiro palco de guerra, tráfico, drogas, corrupção e dentre outros. Favorecendo a degradação do apenado, distanciando do maior objetivo da lei de execução, e sim transformando a reincidência em uma consequência natural para aqueles que ocupam o ambiente carcerário.

Greco, relata que:

“O Estado faz de conta que cumpre a lei, mas o preso, que sofre as conseqüências pela má administração, pela corrupção dos poderes públicos, pela ignorância da sociedade, sente-se cada vez mais revoltado, e a única coisa que pode pensar dentro daquele ambiente imundo, fétido, promíscuo, enfim, desumano, é fugir e voltar a delinqüir, já que a sociedade jamais o receberá com o fim de ajudá-lo”. (GRECO, 2011, p. 501)

Encontrando alternativas para transformar o sistema prisional brasileiro, tendo o estado o dever de cumprir com as leis e não se ausentando diante da verdadeira realidade, mas sim buscando uma solução para o cumprimento da ressocialização dos presos.

3.3 A Ressocialização no Sistema Prisional da Noruega

A Noruega é considerada pela ONU no ano de 2012, o país com maior índice de Desenvolvimento Humano IDH. De acordo com o levantamento feito pelo Instituto Avante Brasil, é o 8ª país com a menor taxa de homicídio, no sistema carcerário da Noruega chega reabilitar 80% dos presos, sendo que apenas 2 de cada 10 presos, voltam a cometer crime, é umas das menores taxas de reincidência no mundo.

As baixas taxas de reincidência na Noruega, é pela circunstância de ser um sistema penal pautado na reabilitação e não na punição por vingança ou retaliação aos criminosos, a reabilitação é obrigatória.

Um indivíduo que cometeu qualquer tipo de crime pode ser condenado à pena máxima prevista na legislação dos pais é de 21 anos, e se o indivíduo não comprovar que estar totalmente habilitado para o convívio social, a pena poderá ser prorrogada em mais 5 anos, até que a sua reintegração seja aprovada na Noruega.

Na Noruega os presídios são situados no meio de uma floresta, a estrutura dos prédios contém decorações de grafites nas paredes e quadros nos corredores, celas com cama, vasos sanitários, chuveiro, toalhas, televisão de tela plana, mesa para jantar, armário e geladeira. Assim como uma ampla biblioteca, ginásio de esportes, campo de futebol, chalés para os presos receberem sua família, estúdio de gravação e oficinas de trabalho, sendo oferecidos cursos para formação profissional, cursos educacionais e os presos recebem uma pequena remuneração.

Contudo na Noruega, os policias penais passam por no mínimo 2 anos de preparação para o cargo, tendo como obrigação essencial mostrar o respeito a todos que ali estão. Utilizando a estratégia de que se mostrarem respeito, os indivíduos aprenderão a respeitar, demonstrando um ensinamento para que volte para o convívio social reabilitado.

A diferença do sistema prisional Brasileiro para o da Noruega começa pelo fato que a lei de execução penal não é aplicada corretamente, permitindo a falência do sistema, fazendo com que os presos saem dos presídios com sentimento de vingança, voltando cometer roubos e homicídios. Enquanto na Noruega os presos são tratados com igualdade e respeito, oferecendo outros pensamentos e futuro para os indivíduos.

4 Alimentação, saneamento básico e a saúde dentro das penitenciárias

Com a superlotação nos presídios é evidente a precariedade e a insalubridade dentro das celas, como á má alimentação dos presos, sedentarismo, com uso de drogas constante e a falta de higiene, tornando a penitenciaria em um ambiente com doenças infectocontagiosas, sendo as mais comuns a tuberculose, AIDS, hepatite e outras. As penitenciarias têm poucos profissionais de saúde e medicamentos médicos (GRECO,2015)

Na maioria das prisões, não há tratamento médico hospitalar. Quando se trata da remoção dos presos para hospitais, Assis relata que:

“Para serem removidos para os hospitais os presos dependem de escolta da PM, a qual na maioria das vezes é demorada, pois depende de disponibilidade. Quando o preso doente é levado para ser atendido, há ainda o risco de não haver mais uma vaga disponível para o seu atendimento, em razão da igual precariedade do nosso sistema público de saúde”. (ASSIS, 2007, [ONLINE])

De acordo com os artigos 88 e 85 da Lei de Execução Penal, a higiene pessoal dos presos nas celas, é obrigação do estado com o condenado, devendo haver celas individuais, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, sendo requisitos básicos da unidade celular a salubridade. Mas infelizmente, a realidade das celas no Brasil não condiz com o determinado nas normas internacionais.

As condições de saúde dos presos, na maioria dos estabelecimentos penitenciários são precárias e decadentes, principalmente pela falta de higiene e alimentação.

Camargo relata que:

Os serviços penitenciários são geralmente pensados em relação aos homens, não havendo assistência específica para as mulheres grávidas, por exemplo. Sanitários coletivos e precários são comuns, piorando as questões de higiene”. (CAMARGO, 2006, p. 07)

Com a falta de higiene, da saúde e a grande promiscuidade, com uso de drogas injetáveis, entre outros fatores que contribuem para que esse quadro se agrave a cada ano que passa, falindo cada vez mais o nosso sistema prisional brasileiro.

4.1 A crise no Sistema Prisional Brasileiro e a Superlotação

Por uma visão ampla podemos ver que o retrocesso dentro do sistema prisional brasileiro é maior com o passar dos anos, a maior crise do sistema prisional é a superlotação sem dúvida é um dos fatos mais graves. Tornando insuportável a convivência entre os presos em celas superlotadas, servido de motivo para e a ineficiência de outras propostas para a ressocialização, com objetivo de recuperação dos presos, sendo impossível serem respeitados os direitos básicos de qualquer ser humanos como saúde, higiene, educação e outras mais.

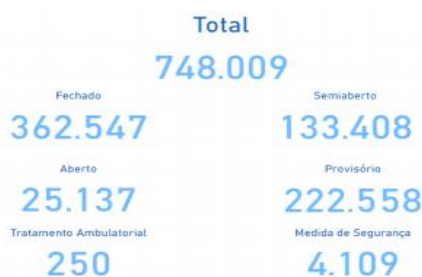
Perante isso, Greco ensina que a superlotação afeta na ressocialização dos presos. A pena de prisão deixou de ser o último dos recursos para se tornar o primeiro e principal deles, utilizando-se da premissa que a prisão é a solução para todos os problemas. (GRECO, 2015, p. 228)

Em seus artigos 71 e 72 a Lei de Execução Penal foi criado o DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), esse é o órgão responsável por implantar normas de execução penal e dar as condenadas para Política Penitenciária Nacionais derivadas do CNPCP (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária).

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) seguindo as suas responsabilidades cria o levantamento INFOPEN (Nacional de Informações Penitenciárias), inicializado no ano de 2004 e sempre sendo atualizado. Este relatório é de grande importância para que se analise da realidade no nosso sistema prisional brasileiro.

Segundo os dados de levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) do segundo semestre de 2019, o sistema carcerário do Brasil possui 748.009 presos, entretanto o número de vagas nos 48 presídios brasileiros é de 442.349 vagas, sendo assim ultrapassadas 312.925 vagas.

Segundo os dados do INFOPEN no segundo semestre de 2019, estão sendo divididos os presos do sistema prisional brasileiro da seguinte maneira:



Fonte: INFOPEN 2019/02.

A população de presos provisórios é grande o que mostra a dificuldade do julgamento para que se defina uma pena adequada para todos aqueles que estão aguardando. Esse retardo do Poder Judiciário e a mostra que todo crime que se deve ter pena privativa de liberdade para o aumento da população no sistema prisional, com expressa Martins e Cavalcanti-Bandos:

“Atualmente, entende-se o sistema prisional como a última instância do macro sistema de segurança pública e de justiça, que se inicia com as ações preventivas e ostensivas, passa pelo enfrentamento do delito e sua apuração, atuação do Ministério Público, responsável pela ação penal, e do Poder Judiciário, responsável por julgar e cominar a pena. Por fim, acontece a execução da pena que pode ou não envolver a prisão. Contudo, muitos ficam presos por tempo indefinido sem terem sido ao menos julgados, outros são

maltratados nos cárceres e um grande número de indivíduos não recebe as assistências previstas em lei, dentre muitos outros problemas que incluem de forma preocupante, a morte de detentos dentro das prisões". (MARTINS, CAVALCANTI-BANDOS, 2015, *apud* CABRAL et al, 2014, p.11)

Detento provisório sendo colocado em um presídio superlotado, sem a separação devida dos demais que já foram julgados, tem grandes chances de reincidência, pois nesse caso de estar misturados aos outros detentos, para garantirem que não sejam torturados ou mortos acabam prometendo favores a facções criminosas que ali estão instaladas.

Diante de informações e dados do IFOPEN percebemos que a população prisional do Brasil quase dobra a cada dez anos. Em 2000 a população prisional era de 232.755 presos, saltando esse número para 496.251 presos em 2010, 100% de aumento, e em 2019 esse número chegou em um total de 755.274 presos.

Da mesma maneira que houve um aumento grandioso de presos, a falta de vagas no sistema prisional vem crescendo absurdamente, mostrando a falta de estrutura e preparação para a ressocialização dos detentos, sem contar que por cálculos básicos teriam quer ser construídos novos sistemas prisionais para atender tal demanda. Assim evitaria as superlotações e a falta de estrutura para a ressocialização. (IFOPEN,2019)

Os números informados no segundo semestre de 2019 pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, apresentam a comprovação de uma superlotação dos presídios brasileiros, uma taxa de ocupação de aproximadamente 170%. Sendo assim, estes fatos transformam um local no qual era destinado a recuperar e ressocializar um indivíduo para que não volte a cometer crimes, em uma universidade de como praticar crimes, aumentando assim grandemente a taxa de reincidência no Brasil. (IFOPEN, 2019)

A Lei de Execução Penal dispõe em seu art. 88 sobre a estalagem do preso em regime fechado, determinando que esse seja recluso em cela individual, com área de no mínimo 6 m², com as mínimas condições de saúde e higiene.

Sendo assim, mais uma vez podemos afirmar que não é cumprido o que é previsto em lei sendo uma realidade totalmente diferente do que deveria ser no sistema prisional brasileiro. Esse tipo de condições em que o apenado vive, apenas ajuda a se tornara uma pessoa que se sente abandonada pelo estado e pela sociedade num todo, provocando tal revolta na qual ele jamais voltará a ser um indivíduo normal, as vezes tornando uma pessoa violenta e calejada de tanta ruindade e descaso, que deixa o sistema prisional pior do que entrou e assim aumentando grandemente as chances do seu retorno ao sistema prisional.

4.2 Direitos Humanos básicos e fundamentais dos presos.

Para reconhecermos que a dignidade humana é fundamental, precisamos fazer algumas perguntas: Qual é o nível de humanidade e dignidade atribuído aos presos, as pessoas negras, indígenas, LGBTQIA+, aos migrantes e às mulheres? Quem são as pessoas que têm mais oportunidade?

O principal fundamento dos Direitos Humanos é a garantia da dignidade humana.

Diante do principal fundamento dos Direitos Humanos, os seres humanos devem ter reconhecido seu direito a ter saúde, educação, emprego, moradia, saneamento básico, justiça, entre outros. Portanto, violências no campo físico, moral, psíquico, social e cultural são inaceitáveis. Os princípios que norteiam a dignidade humana estão longe de ser a realidade na nossa sociedade.

Existe, portanto, um documento que se chama Declaração Universal dos Direitos humanos. É um documento oficial elaborado e aprovado pela Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, criado em 1948. Criado com 30 artigos, o documento tem como objetivo reconhecer quais são direitos básicos e fundamentais aos seres humanos e garantir que todos os direitos lá prescritos sejam respeitados e aplicados para o bem da humanidade. (ONU)

Os artigos apresentam direitos dos mais básicos como direito a vida, à liberdade, a integridade física e a saúde, até os direitos jurídicos e políticos, direito à liberdade de expressão e o direito pela educação.

O presente documento em língua portuguesa pode ser acessado por todos nós, nos portais da ONU ou UNICEF no Brasil. O Link também se encontra nesse artigo nas referências por nós usadas.

A CF de 1988 garante a proteção fundamental e básica de nós seres humanos, em virtude que a nossa dignidade de nenhum modo poderá ser desconsiderada.

Assim dito a Constituição Federal de 1988

“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:

[...]

III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII – A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".
(BRASIL, 1988)

A tortura é qualquer ato por meio de dores, ou sofrimento agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões.

Conforme Aquino (2001), a direção penitenciária e penal deveria cuidar da vida dos presos tanto pessoal quanto social, dos condenados e daqueles que ainda aguardam julgamento. Portanto as penitenciárias são bem diferentes das cadeias públicas, podemos então assim, afirmar que a execução penal não consegue atingir a reabilitação e ressocialização da forma que a lei descreve.

A Lei de Execução Penal traz, com clareza, que sua aplicação no sistema penitenciário possibilita a recuperação e ressocialização do preso para novamente obter o convívio social, desde que realmente seja cumprida pelo Estado. É bem verdade que o condenado perde sua liberdade, mas jamais poderá perder o tratamento digno encontrado na Constituição Federal de 1988.

Segundo Marcelo Brandão, da EBC - Agência Brasil, em matéria publicada no *site* EBC, a população carcerária do Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos:

“As cenas de prisões superlotadas, cercadas de violência e maus tratos, que foram vistas recentemente no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Maranhão, refletem os problemas de todo o sistema carcerário brasileiro. Dados do Ministério da Justiça (MJ) mostram o

ritmo crescente da população carcerária no Brasil. Entre janeiro de 1992 e junho de 2013, enquanto a população cresceu 36%, o número de pessoas presas aumentou 403,5%. [...] De acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é de 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, o número de presos sobe para 300. Essas estatísticas fazem parte da primeira reportagem da série Prisões Brasileiras – um Retrato sem Retoques, do *Repórter Brasil*. [...] Atualmente, são aproximadamente 574 mil pessoas presas no Brasil. É a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos (2,2 milhões), da China (1,6 milhão) e Rússia (740 mil). ‘Estamos inseridos em uma sociedade que, lamentavelmente, tem aquela sensação de que a segurança pública depende do encarceramento. Se nós encarcerarmos mais pessoas, nós vamos conseguir a paz no país. Se isso fosse verdade, já teríamos conquistado a paz há muito tempo’, criticou Douglas Martins, do Conselho Nacional de Justiça. [...] Dentro dos presídios, a reportagem constatou condições precárias, como falta de espaço e de higiene, o que leva a uma série de doenças, além de poucos profissionais de saúde para tratá-los. A violência é, sobretudo, um dos grandes desafios dos gestores do setor. ‘O preso sofre violência sexual, não recebe a alimentação adequada, morre no sistema prisional. E como é que ele se sente mais seguro? É se associando a uma facção do crime organizado. E isso transformou as facções, hoje, em verdadeiros monstros no país’, explicou Martins”. (BRANDÃO, [ONLINE])

Perante nossas pesquisas e essa realidade triste, é praticamente impossível o preso sair do sistema penitenciário transformado ou pronto para se ressocializar com a sociedade num todo. A possibilidade que podemos esperar é de preso sair do sistema e voltar a cometer novos crimes, retornando novamente para uma penitenciária por reincidência, formando assim um ciclo vicioso, de entradas e saídas sem realmente ter tido a chance de melhora.

4.3 Prisão e Educação

A real importância na educação para a ressocialização de um preso.

O artigo 17 da Lei de Execução Penal, sobre a assistência de educação aos presos explica que: “a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado”. (BRASIL, 1984)

A educação nas penitenciárias deveria seguir o critério de alfabetizar os analfabetos, e formar aqueles que ainda não tiverem concluído o ensino médio completo ou até mesmo um curso profissionalizante no qual ajudaria no retorno do preso a sociedade com uma formação profissional é importante para voltar ao convívio familiar e mais importante ainda para que ele possa ingressar em uma área de trabalho na qual ele se profissionalizou, podendo assim ter oportunidades de trabalho e não precise voltar a cometer novos crimes. A escola e a educação são importantíssimas que no artigo 205 da nossa Constituição Federal diz que é um direito de todos nós seres humanos, sendo de obrigação do Estado.

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. (BRASIL, 1988)

Através de cursos ministrados dentro das penitenciárias os apenados podem se profissionalizar em alguma área de sua preferência, e a chance de reeduca-los e prepará-los para o mundo pós pena cumprida. Também se tratando do estudo do preso, podemos entrar em um assunto bem importante com esse mesmo tem que é a remissão da pena para aqueles presos que estão estudando. Na Lei de Execução Penal em seu artigo 126 § 1º inciso I.

“Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1o A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: I – 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias”. (BRASIL, 1984)

Contudo, o preso que cometer algum delito ou falta grave de disciplina, perde todos os dias remidos anteriormente pelo estudo, prescrito na Lei de Execução Penal em seu artigo 127.

“Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”. (BRASIL, 1984)

Sendo assim, o preso que receber alguma punição de natureza grave por alguma insubordinação, perde todo aquele período que ele já tinha acumulado de remissão de pena, tendo que começar uma nova contagem da data do descumprimento de ordem.

4.4 Prisão e Trabalho

A Lei de Execução Penal, nos mostra em seu artigo 28:

“Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”. (BRASIL, 1984)

O trabalho do preso tem como objetivo educar e tornar aquele indivíduo produtivo, preparando ele para um retorno a sociedade, para que através desse trabalho ele possa ver pode retornar ao convívio da sociedade com condições de dignidade humana, pois trabalhando o preso aprende que ele perdeu seu direito à liberdade e não seu direito de trabalhar. Mostrando assim que nem toda dignidade humana lhe foi tirada.

O trabalho do preso também tem que ser remunerado e podemos ver isso no artigo 29 da Lei de Execução Penal e no artigo 39 do Código Penal, *in verbis*.

“Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo. (BRASIL, 1984)

Art. 39. O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social”. (BRASIL, 1940)

Deverá ser remunerado o trabalho do apenado, para que ele tenha um pingote de esperança, para que se sinta útil, para que não haja revolta por parte dele, pensando que pode estar sendo escravizado. Sem contar que é direito de todo trabalhador independente do trabalho ele deve ser remunerado de alguma forma.

Não diferente do que falamos do estudo do apenado tem direito a remissão de pena, o trabalho não poderia ser diferente. E também é garantido pela Lei de Execução penal, é chamado de detração na pena, onde o preso tem o direito de remissão de pena na proporção de 3 por 1, sendo assim,. Trabalha 3 dias e é remido 1 dia de sua pena.

Vejamos na Lei de Execução Penal no artigo 126 § 1º inciso II, *in verbis*.

“Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1o A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

[...]

II – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho”. (BRASIL, 1984)

Assim como citamos anteriormente no direito à educação, no trabalho também funciona da mesma maneira, o preso que cometer delito de natureza grave perdera o tempo remido, começando a recontar a partir do dia da infração cometida. Conforme o artigo 127 da Lei de Execução penal, já citado anteriormente.

4.5 Entrevistas: relatos de ex-detentos sobre a ressocialização

Para melhor entendimento sobre as mudanças do Sistema Prisional Brasileiro com o passar dos anos, segue abaixo entrevistas no que se refere à reinserção do detento na sociedade, os diversos problemas dentro do sistema penitenciário.

4.5.1 Entrevista 1

W.V.S.A, é ex. detento, conseguimos com que ele conversasse com a gente sobre esse tempo que passou na penitenciária, colocamos a inicial do nome dele, pois o mesmo não queria ser identificado. Antes das perguntas ele me contou um pouco da história dele até chegar o dia de sua prisão. Em 2008 uma mulher a qual ele não quis dizer o nome, foi presa em uma batida policial em um aglomerado aqui na região do barreiro em Belo horizonte. Ela está com 6 quilos de pasta base de cocaína e 5 quilos de maconha. Segundo ele a droga pertencia a ele e a menina o entregou a polícia, o próprio nunca foi pego com nenhuma quantia de droga. Durante o período da prisão da mulher, ele pagou advogado pra ela de 2008 até 2015, onde ele foi parado em uma Blitz da polícia militar, ele não estava com nenhuma droga no veículo, mais havia um mandado de prisão em seu nome. Foi aí que começou tudo. E ele ficou preso de 2015 até 2018, onde deixou a prisão por bom comportamento. Fizemos algumas perguntas a ele. Não aprofundamos demais pois vimos que nitidamente alguns questionamentos o incomodava bastante.

Inicial do nome e quantos anos?

R: W.V.S.A, 38 anos

Qual o nível de escolaridade?

R: Parei de estudar na 7ª série

Qual o motivo que levou você a cometer o crime?

R: Com toda certeza, dinheiro fácil.

Quantas vezes foi preso?

Uma vez fui detido e liberado no mesmo dia, depois de um ano fui preso mesmo e fiquei.

Qual ou quais crimes cometeu? E qual ano?

Tráfico de Drogas, em 2008.

Quanto tempo foi condenado e o tempo de reclusão?

Fui condenado a 5 anos, fiquei 3 anos e 3 meses

Qual penitenciária cumpriu a pena?

Presídio Antônio Dutra Ladeira.

Quantas pessoas cabiam na sua cela? Quantas tinham?

Na cela cabiam 6, mais tinham 17

Havia cama para todos?

Nem pensar.

Como é o banheiro para fazer suas necessidades fisiológicas? E o banho?

Um buraco no chão tipo fossa, e o banho a água vinha de um cano sem chuveiro e gelado, fora que era na frente dos outros presos da cela, não tinha porta.

São quantas alimentações diárias? Como era a alimentação?

Eram 4 alimentações. Café da manhã tinha 1 pão, café ou um saquinho de plástico com 200ml de leite. Almoço era 1 marmitex, um copo de suco. A tarde era 1 pão sem nada pra beber na maioria das vezes. A noite 1 marmitex sem nada pra beber também. Fome a gente não passa, mais já comi ate comida estragada, pois a qualidade é muito ruim mesmo. Não gosto nem de lembrar do cheiro.

Como é a limpeza e higiene do presídio?

Isso não existe lá. Muito sujo, ratos e baratas passeando pelas celas, o fedo era muito grande, de tudo. Tem dias que nem água pra tomar banho tem.

Em questão da área de saúde? Como funciona se um preso passa mal?

Péssimo atendimento falta medicação, o preso só consegue atendimento se chamar bastante atenção ou se tiver quase morrendo.

Qual tratamento vocês recebiam referente aos funcionários da penitenciária? Do policial penal ao diretor?

Péssimo tratamento, a maioria dos funcionários.

Existe crime dentro da própria penitenciária?

Vários, tráfico de drogas, venda de cama, celulares, assassinatos, suicídios falsos.

A violência lá dentro? Tanto entre os próprios presos quanto dos policiais penais perante os presos?

Muita violência entre os presos mesmo, brigas de gangues rivais, disputa de tráfico dentro da própria prisão. E também dos policiais existe muita covardia na parte deles com os presos, torturas tanto físicas como psicológicas.

No tempo que ficou recluso, as mortes dentro do presídio eram constantes? Você lembra-se de alguma que marcou e qual foi o motivo?

Eu mesmo não presenciei nenhuma, mas muitos morreram entre suicídio de estuprador o famoso "foi suicidado" (suicídio falso). E também preso que passou mal e não teve atendimento naquele momento e chegou falecer dentro da cela mesmo.

Você acha que dentro da penitenciária você tem algum tipo de apoio para a ressocialização?

Apoio para alguns tem sim, tem presos muito privilegiados lá dentro, mas eles pagam pelos benefícios, tem coisas lá dentro que é melhor fingir que não está vendo. Mas a ressocialização nem todos presos querem está oportunidade tem gente de que só de conviver naquele ambiente já vira bicho e desiste da vida.

Tem opções de trabalho lá dentro? E de estudo? Da mesma forma da ressocialização, tem mais pra alguns, os melhores serviços têm é pra presos privilegiados. Os outros empregos ruins distribuem entre outros. Já o estudo tem mais quase nenhum preso frequenta a "escola" que é muito ruim. E como a outra resposta nem todos os presos querem.

Em sua opinião qual é a pior parte de estar preso? o que mais te incomodava?

Pra mim a pior parte é a falta que eu sentia dos meus filhos. O que mais me incomodava com certeza era a falta da liberdade e as grades. É muito complicado.

Você acha que o Estado oferece apoio aos presos?

Eles acham que sim, mas eu acredito que não.

Após a sua saída você teve oportunidades de emprego?

Não tive, mais eu mesmo criei a minha oportunidade, comecei a trabalhar por conta própria. E hoje já faz quase 3 anos que estou livre e está dando certo.

Você acha que a falta de oportunidade após a saída, faz com que muitos voltem a cometer crimes?

Com certeza, mas não é só a falta de oportunidade, quem vive naquele ambiente ali, se não coloca a cabeça no lugar vira monstro, tem que ter muita força de vontade para não se revoltar. Muitos já saem de lá com o pensamento em voltar a cometer os mesmo erros ou coisa até pior. O ambiente ajuda isso acontecer.

Ao finalizar as perguntas W.V.S.A. nos disse que não deseja isso nem pro seu pior inimigo, e disse que deve desculpas a mulher que foi pega com as drogas dele, pois ela ficou mais tempo que ele na prisão, sendo que as drogas não eram dela, só estava na casa para guarda. E que os piores dias da vida dele ele viveu na penitenciária.

4.5. 2 Entrevista 2

L.G, colocamos a inicial do nome dele, pois o mesmo não queria ser identificado. Foi preso pela primeira vez em 2018 com mais 3 indivíduos.

Inicial do nome e quantos anos?

L.G, 23 ANOS

Qual o nível de escolaridade?

Ensino Incompleto

Qual o motivo que levou você a cometer o crime?

Fui pela cabeça dos meios amigos, e por pura adrenalina

Quantas vezes foi preso?

Uma vez, fui réu primário

Qual ou quais crimes cometeu? E qual ano?

Por furto art.157, e associação ao crime porque fui preso com mais 3 amigos

Quanto tempo foi condenado e o tempo de reclusão?

Fui condenado 5 anos e 4 meses, fiquei recluso 10 meses e 23 dias

Qual penitenciária cumpriu a pena?

Ceresp de betim

Quantas pessoas cabiam na sua cela? Quantas tinham?

Cabiam 20 pessoas, 6 dormia nas camas que era chamado lá dentro por(gega), outros em colchão no chão chamado como (latro) e outros em redes de coberta.

Havia cama para todos?

Não, nas celas tem 6 camas

Como é o banheiro para fazer suas necessidades fisiológicas? E o banho?

Era fossa no chão, sem descarga, pegávamos água do chuveiro e do tanque, e o banho era por um cano e frio, tinha horário para o banho e na frente dos outros presos.

São quantas alimentações diárias? Como era a alimentação?

São 4 refeições, café , almoço , café da tarde e janta, a comida era servida em marmitex a vapor, agente na cela tinha o costume de pegar a comida e fazer o boladão, misturando a comida e colocando a comida novamente no fogão improvisado por nós, para dar sabor na comida era colocado queijo para dar gosto na comida que fazíamos com o leite que ganhávamos do café da manhã. mas a gente espera 3 dias para virar queijo.

Como é a limpeza e higiene do presídio?

Nos que limpávamos nossa cela 2 vezes na semana, e quem limpava os corredores e pátios 2 vezes ao dia era um preso chamado por correria, mas a penitenciária tem um mal cheiro, muitos ratos.

Em questão da área de saúde? Como funciona se um preso passa mal?

A muita dificuldade para ser atendido na da saúde, para um preso ter atendimento médicos os presos tem que entrar em conflito com os agentes.

Qual tratamento vocês recebiam referente aos funcionários da penitenciária? Do policial penal ao diretor?

Éramos tratados como lixo, batiam em presos sem motivo, colocando os presos na escura ou no coro, onde ficam até os agentes tirar, podendo os presos ficar 2 dias , 1 semana , ficando até meses.

Existe crime dentro da própria penitenciária?

Sim, vendas de drogas, celulares, camas.

A violência lá dentro? Tanto entre os próprios presos quanto dos policiais penais perante os presos?

Sim, com os agentes batendo em presos e brigas entre presos levando até a morte

No tempo que ficou recluso, as mortes dentro do presídio eram constantes? Você lembra-se de alguma que marcou e qual foi o motivo?

Não era constante, a que mais me marcou foi em um espancamento entre presos, por motivo que o preso entregou outros presos para os agentes, apanhando até a morte.

Você acha que dentro da penitenciária você tem algum tipo de apoio para a ressocialização?

Não, aprendemos a se especializar mais no crime, como no meu caso era réu primário fiquei recluso com presos que cometeram homicídio, tráfico e estelionato. Na penitenciária fiquei 10 meses e 23 dias só fumando e escutando relatos de presos e vendas de drogas, não havendo nenhuma atividade ou estudos.

Tem opções de trabalho lá dentro? E de estudo?

O serviço que tinha era de limpar corredores e pátios e recolhimento de lixo, mas a pessoa que aceitava era usado para fazer essas atividades e para ser correria dos presos, fazendo entregas de drogas, celulares e recados.

Em sua opinião qual é a pior parte de estar preso? o que mais te incomodava?

A falta da minha família

Você acha que o Estado oferece apoio aos presos?

Não

Após a sua saída você teve oportunidades de emprego?

Não, sai a3 anos, entrego currículos em vários lugares, mas somos muito discriminados pela sociedade

Você acha que a falta de oportunidade após a saída, faz com que muitos voltem a cometer crimes?

Sim, 99% dos presos voltar a cometer crimes, a primeira coisa que pensamos quando não encontramos oportunidade para sermos uma pessoa melhor. O que faz agente não voltar e nossas famílias.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho tem como objetivo mostrar a situação do sistema prisional e como isso interfere na ressocialização dos presos.

No sistema carcerário a realidade não permite que o verdadeiro objetivo da Lei de Execução seja alcançado. Em vez de preparar o preso para voltar para convívio social, estamos punindo fazendo com que os detentos voltem a se reincidir, transformando o sistema carcerário em uma escola do crime.

Vimos que a superlotação no sistema carcerário é um dos principais problemas, demonstrando a precariedade e a insalubridade dentro das celas, a má alimentação dos presos, sedentarismo, usos de drogas constantes e a falta de higiene, sendo tratados sem nenhuma dignidade humana, podemos ver nos relatos dos ex-detentos na entrevista que fizemos, constatando que em vez de saírem ressocializados, saíram com traumas e lembranças ruins.

Sendo assim, podemos constatar que a solução para os problemas apresentados no sistema prisional brasileiro é primordial a reforma desde a conscientização social até as celas e presídios, havendo investimento na educação e nos trabalhos dentro dos presídios.

Portanto, encerramos o nosso trabalho esperamos ter propiciado uma reflexão sobre o nosso tema, mostrando os problemas da ressocialização e que seja cumprido o principal objetivo da lei de execução penal.

Referencias

ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

AQUINO, Romário Freitas de. **Bastidores do Cárcere**. 2001. Disponível em: <http://global.org.br/arquivo/sistema-prisional-brasileiro-na-pauta-de-sesoes-da-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-da-oea/>. Acesso: 21 abr. 2021

SSIS. Rafael Damasceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. Direito Net, 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atualdo-sistema-penitenciario-brasileiro>. Acesso em: 09 Abr. 2021

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência Da Pena De Prisão: Causas E Alternativas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm . Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

CABRAL. Luísa Rocha; SILVA, Juliana Leite. **O Trabalho Penitenciário E A Ressocialização Do Preso No Brasil**. Revista Do Caap, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/277>. Acesso em: 11 maio 2021.

CAMARGO, Virginia. **Realidade do Sistema Prisional no Brasil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 33, set 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-33/realidade-do-sistema-prisional-nobrasil/>. Acesso em: 09 abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: Parte Especial**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELMANTO, Celso. Et al. **Código Penal comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Depen lança Infopen com dados de dezembro de 2019**. Brasília, 2020. Disponível. Disponível

em:<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen-lanca-infopen-com-dados-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 11 maio 2021.

DOTTI, Rene Ariel. **Bases Alternativas Para Um Sistema De Penas**. 2. Ed. São Paulo. Revista Dos Tribunais, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar E Punir: Nascimento Da Prisão**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GAYA, Marlene Corrêa. **Ressocialização do indivíduo junto a sociedade após o cumprimento da pena**. 1993, p. 18-20. Monografia. Curso de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale de Itajaí.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2. ed. São Paulo: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Fernando; CAVALCANTI-BANDOS, Melissa Franchini. **A necessidade de políticas públicas de reintegração social no sistema penitenciário brasileiro: uma abordagem sistêmica**. Out/2015. Disponível

em:<https://pdfs.semanticscholar.org/9883/98aa78fec25c218167127128ffae0189495>.

Acesso em: 21 abr. 2021.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral**. v1. São Paulo: Método, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eduardo. **Política criminal e alternativas a prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PIRES, Agnaldo Rogério. **Da Assistência ao preso e ao internado**. 2010

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Rodrigo Murado do. **A assistência ao preso e ao egresso na execução penal**. Canal de Ciências Criminais, 2017. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/assistencia-ao-presos/>. Acesso em: 20 mar. 2021

SANTOS, J. Seixas. **Dicionário de Criminologia**. 3. ed. Campinas: Conan, 1995.

SENNA, Virdal. **Sistema Penitenciário Brasileiro**, 2008.

TEIXEIRA, Sérgio William Domingues. **Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas prisionais e da realidade brasileira em execução penal**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES À LUZ DA LEI Nº 13.286 DE 10 DE MAIO DE 2016

ABRAÃO ALMEIDA DOS SANTOS BEZERRA:
Bacharelado em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

LUIZ RODRIGUES ARAÚJO FILHO¹⁸⁶

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho visa abordar a responsabilidade civil incidente sobre o exercício a atividade notarial e registral. Atividade esta desempenhada em caráter privado, mas por delegação do Poder Público, e organizada de forma técnica e administrativa a fim de garantir segurança às relações jurídicas. E sobre a responsabilidade civil tem-se que a mesma se encontra inserida no direito das obrigações, possuindo como escopo básico a obrigação que uma pessoa, física ou jurídica, tem de reparar os danos (materiais ou morais) causados a outrem, seja em razão de ato por ela exercido, por seu preposto ou subordinado, por coisa de sua propriedade ou por exigência legal. Para melhor apresentação da temática, o presente trabalho abordará, o instituto da responsabilidade civil e a responsabilidade civil dos notários e registradores no Brasil (suas principais características, avanços e retrocessos, desde os primórdios até a atualidade) sendo que no último capítulo se apresentará a celeuma doutrinária e jurisprudencial, sendo esta a principal justificativa do estudo da temática, e que novel Lei nº 13.286 de 10/05/2016 veio apaziguar essas divergências apontando que a responsabilidade civil dos notariais e registradores é de ordem subjetiva, enquanto que a do Estado é objetiva (teoria do risco administrativo), possuindo este o direito de regresso em face daquele quando comprovado sua culpa ou dolo.

Palavras-chave: Delegatários. Notários. Obrigações. Registradores. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: The present work aims to address the civil liability incident on the exercise of notarial and registry activity. Activity is carried out privately, but by delegation of the Public

186 Luiz Rodrigues de Araújo Filho, Possui Graduação em Direito pela Fundação Universidade Federal do Tocantins (2005), Especialização em Direito Constitucional pela Fundação Universidade do Tocantins (2007), Especialização em Direito Tributário pela Fundação Universidade do Tocantins (2009) e Mestrado em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (2013). Atualmente é Auditor Fiscal da Receita nível IV - SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO TOCANTINS e Professor MS-1 Mestre da Faculdade Serra do Carmo e Universidade Estadual do Tocantins.

Power, and organized in a technical and administrative way in order to guarantee security to legal relations. And civil liability is that it is inserted in the law of obligations, having as its main scope the obligation that a person, physical or legal, has to repair the damages (material or moral) caused to others, whether in reason for the act performed by him, by his agent or subordinate, by his property or by legal requirement. In order to better explain the subject, the present work was divided into three main chapters, which will cover, within the limits of what is necessary, the notarial and registry activity, the institute of civil liability and civil liability of notaries and registrars in Brazil characteristics, advances and setbacks, from the beginnings to the present) and in the last chapter will be presented a doctrinal and jurisprudential debate, this being the main justification for the study of the subject, and that novel Law 13,286 of 05/10/2016 has appeased these divergences point out that the civil liability of notaries and registrars is subjective, while that of the objective state (administrative risk theory), which has the right of return in the face of that when proven guilty or wrongdoing.

Key words: Civil Responsibility; Obligations; Notaries; Recorders; The Delegates.

INTRODUÇÃO

A atividade notarial e de registros públicos consiste em serviços públicos colocados pelo Estado, por meio de seus delegatários, à disposição da sociedade para conferir e garantir a publicidade, autenticidade, segurança jurídica e eficácia dos atos praticados nessas serventias. A referida atividade encontra base legal no Art. 1º da Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994, o que se percebe a importância das atividades notariais e de registro para a vida em sociedade. Como em todo serviço público, as atividades desenvolvidas pelas serventias também são passíveis de incursão em erros os quais culminarão na responsabilização civil do causador do dano.

Devido à significativa celeuma existente nas cortes brasileiras sobre o tipo de responsabilidade incidente nas atividades dos notários e registradores, o presente trabalho visa analisar o tipo de responsabilidade civil incidente sobre a atividade notarial e registral.

Primeiramente apresentar-se-a, de forma sintética, a natureza jurídica das atividades notariais desenvolvidas no Brasil desde o início até os dias atuais. Também se apresentará uma síntese histórica do instituto da responsabilidade civil levando em apreço as principais teorias que permeia o instituto e ainda os requisitos essenciais para a sua caracterização, incidência e exclusão segundo os ditames da doutrina e da jurisprudência contemporânea.

Em seguida se analisará a responsabilidade civil incidente sobre as atividades notariais e registrais, partindo do estudo das regras constitucionais e legal bem como as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais atuais sobre as atividades cartorárias no país.

Por oportuno, destaca-se que este trabalho não busca tratar dos diversos atos e serviços praticados e prestados nas serventias extrajudiciais nem da relação legal existente entre a pessoa física dos agentes delegados e seus auxiliares. Mas ocupará tão somente de analisar a responsabilidade civil incidente sobre a função notarial e registral em decorrência das atividades que desenvolvem em conformidade com a legislação brasileira, mais precisamente, à luz da Lei nº 13.286/2016, em razão das controvérsias existentes neste contexto.

E por fim, salienta-se que este trabalho se desenvolveu pelo método de abordagem bibliográfica integrativa, onde se baseou no estudo da teoria da responsabilidade civil em seu aspecto geral visando obter conclusões específicas mediante aprimoramento de conceitos.

OS NOTÁRIOS E REGISTRADORES NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto de notas e registros no Brasil, segundo Brandelli (2011), foi intensamente influenciado pela colonização portuguesa, sendo considerado Pero Vaz de Caminha a primeira pessoa a exercer este ofício no país no ano de 1500, ficando o Brasil submetido, por longo período, às leis vigentes de Portugal em sua respectiva época, quais sejam as Ordenações Manuelinas e as Filipinas.

Segundo essas ordenações os notários, que exerciam seus ofícios em terras brasileiras, eram denominados pelo Rei de Portugal a quem era devido tributos periódicos.

Com a instituição das capitanias hereditárias, essas regras mudaram tornando-se o donatário da capitania o representante legal pelas delegações. Sobre esse assunto Almeida Júnior (1963, pág. 82), informa que:

As capitanias do Brasil tinham a atribuição de nomear tabeliães e escrivães; mas, tendo a Coroa real adquirido os direitos conferidos aos donatários, passaram os tabeliães a ser nomeados pelo Poder Real.

Isso fez com que se buscasse o aperfeiçoamento do instituto por meio da legislação.

Nesse percurso Brandelli (2007), informa que em 1851 novamente houve inovações nesse instituto e desta feita foi através do estabelecimento de um condicionamento geral de correições da atividade notarial a cargo do Poder Judiciário brasileiro, ganhando com isso, feição própria, e se distanciando do perfil notarial português que continuava vinculado ao Ministério da Justiça português.

Em 1988, com a promulgação da Constituição, o cenário jurídico alterou e a atividade notarial e de registros deixou de agregar a composição do Poder Judiciário por força do artigo 236 *in verbis*: "*Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público*".

No ano de 1994, com a promulgação da Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994 (Lei dos Notários e Registradores), o legislador atendeu o anseio pretendido pelo Poder Constituinte definindo o objeto da atividade cartorária no seu Art. 1º da seguinte forma:

Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Para tanto, designou que os referidos profissionais são dotados de fé conforme estatui o Art. 3º *in verbis*:

Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

Partindo da premissa de que o direito muda no transcurso do tempo é de suma importância o estudo ininterrupto de institutos jurídicos. E, no tocante a responsabilidade civil não é diferente.

Assim, neste estudo sobre o instituto da responsabilidade civil se analisará, de início, qual tratamento dispensado pela doutrina bem como, o que é prelecionado sobre o contexto histórico evolutivo deste assunto.

A responsabilidade Civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado consiste na obrigação que este tem de reparar, economicamente, os danos causados a terceiros por atos imputados a seus agentes, conforme dispõe o Art. 43, CC, *in verbis*:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Discorre-se, concomitantemente, em responsabilidade civil contratual ou em outro modo negocial e em responsabilidade civil extracontratual, que conforme Tartuce (2017) também chamada responsabilidade civil aquiliana, perante da *Lex Aquilia* de Damno, admitida no final do século III a.C., e que implantou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual.

A responsabilidade extracontratual nasce de uma atividade exercida pelo Estado, sem depender da existência de um acordo. Refere-se a uma função que pode transcorrer de atos ou condutas, lícitos ou ilícitos, que acarretem danos a pessoas ou ônus maior do que os tolerados pelos demais governados.

Contudo, a responsabilidade nos casos de omissão só estabelece uma compulsão de reparar quando a ação era suficiente para impedir o dano e o agente detinha a obrigação jurídica de fazer determinado ato ou quando o agente público promoveu um ato de forma negligente, imprudente ou com imperícia acarretando desordens ao particular e existindo nexos causal.

Didaticamente, a teoria da responsabilidade civil estatal se divide entre doutrina da culpa do ofício ou da culpa administrativa e doutrina da culpa objetiva. Sobre a culpa administrativa, ALEXANDRINO e PAULO (2017, pág. 956), *in fine*, leciona que, ela representa o dever de o Estado indenizar o dano sofrido pelo particular somente quando comprovada a falta na prestação do serviço, conforme asseveram:

Não se trata de investigar se houve culpa subjetiva de um determinado agente público na causação de um dano a um particular, mas de perquirir, objetivamente, se a prestação defeituosa de um serviço público, ou a falta dele, quando obrigatório, acarretou prejuízo a terceiros.

Dessa forma, o ofendido não necessita identificar o agente estatal que lhe acarretou o dano, que na ótica de Alexandrino e Paulo (2017), é aceitável que comprove o mau exercício do aparelho público, ainda sendo improvável distinguir o agente responsável. Por essa razão, Alexandrino e Paulo (2017:956), fala que "*se convencionou se chamar **culpa administrativa** ou **culpa anônima***".

Por falta do serviço entende-se que ocorre quando o serviço público é omissivo, não funciona ou funciona de modo insuficiente. Em qualquer dos casos, Alexandrino e Paulo (2017) informa que o Estado responde sem depender de qualquer constatação de culpa do agente público. Este, se tiver culpa, será responsabilizado numa posterior ação regressiva. O ônus do lesado conforme Alexandrino e Paulo (2017:957) é, "*comprovar a sua ocorrência e o nexo de causalidade entre ela e o danos sofrido*".

. Para tanto, como forma de conferir maior garantia ao lesado, tem-se a Teoria da Responsabilidade Objetiva.

Esta teoria isenta a comprovação por parte do componente da culpa ou dolo (elementos pessoais), bem como o reconhecimento do agente ou da ausência do serviço. O único ônus que incide sobre terceiro é a demonstração do dano. A doutrina, Alexandrino e Paulo (2017) admite que, na doutrina da responsabilidade objetiva, o conceito de culpa é modificado pelo de nexo de causalidade entre a atividade do serviço público e o dano sofrido pelo terceiro tornando-se irrelevante perquirir os demais elementos da culpa anônima ou culpa administrativa.

A doutrina alega que por ser o Estado representante do interesse público geral é justo que recaia sobre toda coletividade representada o ônus de seus advindos de sua atividade razão pela qual a condenação do Estado em reparar o dano gerado a outrem representa uma faceta do princípio da isonomia.

Dessa forma, Alexandrino e Paulo (2017), informa que o Estado só se isentaria se houvesse participação do lesado no dano.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOTÁRIO E REGISTRADOR NO BRASIL

A teoria da responsabilidade civil possui um relevante papel dentro do ordenamento jurídico brasileiro haja vista que, por seu intermédio, propicia ao lesado a compensação por um dano indevidamente suportado que ocorre por meio de indenização patrimonial.

Partindo-se desse raciocínio busca-se no presente capítulo analisar o sistema da responsabilidade civil sobre a atividade cartorária com base numa interpretação

lógico-sistemática do entendimento doutrinário predominante sobre o assunto bem como de alguns julgados importantes das cortes judiciárias sobre

o tema em cotejo com as alterações realizadas pela Lei nº 13.286, de 10 de maio de 2016.

De início se explanará determinados tópicos histórico-legais da responsabilidade civil que incide sobre a atividade do notário e do registrador brasileiro, bem como as fundamentais excludentes de responsabilidade civil que alcançam a atividade desse profissional.

Posteriormente se analisará a eficácia do Código de Defesa do Consumidor ao exercício das atividades notariais, bem como se isso atinge ou não a responsabilidade civil da função de notário e registrador.

Abordar-se-á, ainda, as diferenças doutrinárias e jurisprudenciais sobre a responsabilidade civil nas atividades notariais, que ora indicam para o emprego da teoria da responsabilidade civil subjetiva e ora acena aplicar a teoria da responsabilidade civil objetiva.

Precedentes Legais

No que se refere ao aspecto temporal, os operadores de notas e registros teve como os primeiros dispositivos jurídicos sobre sua responsabilidade civil no Brasil as Ordenações Filipinas. Posteriormente, por meio da Lei nº 1.237 de 1864; do Decreto nº 169-A/1890 e do Decreto nº 370/1890, que vigorou até o Código Civil de 1916.

Em 1917 entra em vigor o Decreto nº 12.343, dispondo sobre os serviços de notas e registros no país. Depois vieram os Decretos nº 4.857 de 1939 e nº

5.318 de 1940 dispondo sobre a matéria. Contudo, embora essa excessiva quantidade de leis, dentre as legislações anteriores à atual Constituição é a Lei nº 6.015 de 1973 (Lei dos Registros Públicos). Quem mais contribuiu para tema desta pesquisa, pois além de ser recepcionada, disciplinou claramente no seu art. 28 a responsabilidade civil dos registradores conforme severifica:

Art. 28. Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.

Com a Constituição Federal de 1988, dois dispositivos constitucionais passaram a se aplicar ao tema, que curiosamente da mesma redação, os aderentes das teorias

objetiva e subjetiva da responsabilidade civil dos notários e registradores apoiam suas teses. São eles, os artigos 37, § 6º e 236 daCF/88:

Ar. 37 [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

[...]

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

No meio legislativo, sobressai no tocante ao assunto desta pesquisa a Lei nº 8.935, de 1994, e a Lei nº 9.492, de 1997. A Lei nº 8.935/94 continha em seu art. 22, uma redação imprecisa fazendo surgir acalorados debates no sentido de saber se previa ou não, a responsabilidade civil objetiva para as atividades dos cartórios extrajudiciais, como se verifica a seguir:

Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros o direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

Já a Lei nº 9.492/97, no seu art. 38, foi mais categórica em estabelecer a responsabilidade subjetiva para uma atividade específica: a atividade dos tabeliães de protesto de títulos e documentos de dívidas, conforme *in verbis*.

Art. 38. Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento sobre o assunto sobre a responsabilidade civil objetiva nos seguintes termos:

É objetiva a responsabilidade do tabelião (art. 22 da Lei 8.935/1994) pelos danos resultantes de sua atividade notarial e de registro exercida por delegação (art. 236, § 1.º, da CF/1988). O Estado apenas responde de forma subsidiária, sendo desnecessária sua denunciação à lide, sem prejuízo do direito de regresso em ação própria. No caso, houve transferência de imóvel mediante procuração falsa lavrada no cartório não oficializado de titularidade do recorrente, o que gerou sua condenação à indenização de danos morais e materiais. Precedentes citados: REsp 1.087.862-AM, DJe 19.05.2010, e REsp 1.044.841-RJ, DJe 27.05.2009 (REsp 1.163.652-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 1.º.06.2010).

Excludentes da obrigação indenizatória na função notarial e registral

Na função de notário e de registrador existem algumas outras espécies de excludentes que são o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal, e os excludentes gerais. Isto porque, a atuação destes profissionais deve obediência à legalidade estrita. Nesses casos, ainda que os atos realizados pelo delegatário possam vir acarretar danos ou perdas a outrem, anulará responsabilidade civil, haja vista que a sua ação incidiu dentro do estrito dever de legal.

Sobre o tema, destaca-se que os artigos 30, inciso XIV e 31, inciso I, ambos da Lei nº 8.935 de 1994, *in fine*, corroboram a afirmativa sobre as excludentes de responsabilidade civil por exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal.

Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:

[...]

XIV - observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente.

Art. 31. São infrações disciplinares que sujeitam os notários e os oficiais de registro às penalidades previstas nesta lei:

I - a inobservância das prescrições legais ou normativas;

(In)aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Ao dispor sobre o tema, a atual Constituição Federal diz que competirá a lei decidir sobre a obrigação de conservar um serviço público correspondente bem como os direitos dos usuários desses serviços, não obstante da prestação ser realizada diretamente pelo Estado ou não, conforme dispõe o seu artigo 175, CF/88 in verbis: *"Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos"*.

Há uma corrente doutrinária minoritária que afirma aplicar as normas do CDC aos delegatários, pois confiam que suas atividades são prestadas nas mesmas condições de uma relação de consumo. Aos que se filiam a esse entendimento, alegam que existe um autêntico contrato de resultado entre o particular e o delegatário de modo que a relação jurídica se enquadra nas disposições do CDC sendo o contratante o consumidor e o delegado o fornecedor do serviço nos moldes dos artigos 2º e 3º. Dessa forma, o contratante se iguala, em tudo, a qualquer outro consumidor em direitos e obrigações.

Adotando esse entendimento, o STJ julgou o Recurso Especial nº 476.532/RJ. Contudo, majoritariamente a doutrina e a jurisprudência são em sentido contrário, pois asseguram que a própria natureza dos serviços notariais e registrais é suficiente para excluir, por si só, todas as possibilidades de existência de uma relação de consumo com o usuário, conforme a seguir:

CARTÓRIO DE NOTAS. TABELIONATO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO CARTÓRIO. PESSOA FORMAL. Recurso conhecido e provido para reconhecer a legitimidade do cartório de notas por erro quanto à pessoa na lavratura de escritura pública de compra e venda de imóvel. STJ, 4ª TURMA. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília. DF. Data do Julgamento: 20/05/2003.187

Afirmam que a atividade de notas e registros nada mais é que uma exposição da atividade certificadora do poder público regido por uma legislação especial alheia ao CDC, na qual já dispõe sobre os direitos e deveres decorrentes da atividade delegada.

Por essa ótica, posto se trata de uma atividade prestada por pessoa física mediante delegação, a prática da atividade notarial e registral ganha peculiaridades

187 Disponível no site http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/pagina_lista.asp. Acesso em 26/02/2021.

próprias, colocando-se assim fora dos requisitos que caracterizam uma relação consumerista.

Contudo, em consenso com o atual posicionamento predominante, a aplicabilidade, ou não, do CDC no ofício notarial não projeta efeitos na contestação sobre a metódica da responsabilidade civil no emprego daqueles agentes.

As Controvérsias sobre o Sistema da Responsabilidade Civil na Função de Notário e Registrador

Embora seja incontroversa a possibilidade de os usuários eventualmente lesados buscarem a restituição por algum dano consequente da atividade delegada, atualmente, ainda existem muitas discussões acerca da natureza da responsabilidade civil na atividade cartorária. Partindo-se do texto constitucional, verifica-se no supracitado art. 236, § 1º, da CF/88, que o constituinte atribuiu à lei o dever de regular a responsabilidade, civil, penal e administrativa dos notários e registradores.

Regulando o dispositivo supra, foi editada a Lei nº 8.935/94, com o fim específico de regular a atividade delegada e disciplinar a responsabilidade civil dos notários e registradores. No entanto, a regra legal não cessa a contento essa finalidade visto que tratou apenas superficialmente a matéria, conforme se verifica no art. 22, a seguir:

Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

Assim, com a precariedade técnica contida no seu texto legal, o legislador acabou contribuindo para continuidade da celeuma. Em virtude do aspecto acadêmico que adjetiva esta pesquisa, frisa-se que, apesar do leque de estudo da responsabilidade civil na função dos notários e registradores ser amplo, pode-se desdobrá-lo sob duas óticas que se complementam mutuamente.

De um lado, analisando o caráter da responsabilidade civil do Estado, em efeito aos danos causados pela atividade de notas e registros, encontram-se na doutrina e jurisprudência pátrias duas correntes fundamentais. A primeira corrente, conforme Loureiro (2014) informa que a responsabilidade é subsidiária em relação ao delegatário devendo o prejudicado demandar primeiramente o profissional e somente depois de esgotado esse meio é que acionaria o Estado. Já a segunda corrente defendida, dentre outros, por Stoco (2004) e Alves (2002), afirma justamente o contrário. Ou seja, que a responsabilidade civil do Estado nesse caso é objetiva e que deve responder de forma

direta e objetiva pelos danos ocasionados pelo ofício de notas e registros podendo na via regressiva, demandar o delegatário.

Por outro lado, tem-se o debate sobre que sistema de responsabilidade civil adotado é o correto para a função do notário e do registrador brasileiro. Nesse ponto, também existe dois posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que se divergem se lhes são aplicáveis à teoria subjetiva ou a teoria objetiva da responsabilidade civil.

A responsabilidade Civil do Estado Pelos Atos Praticados dos Tabeliães e Registradores

Adentrando-se na tese da responsabilidade civil do Estado, tendo como norte o art. 37, § 6º, da CF/88, que menciona a responsabilidade do Estado do seguinte modo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como se percebe, o regime supra reporta-se às pessoas jurídicas e não aos serviços notariais e registrais que são prestados em caráter pessoal por meio de pessoa física.

De igual modo, com fundamento interpretativo do Art. 22 da Lei nº8. 935/94, os defensores dessa corrente entendem que o delegado da função cartorária assumi objetivamente pelos danos que causar.

Em sentido diametralmente oposto ao acima, corrente doutrinária e jurisprudencial majoritária, cujos adeptos defendem a responsabilidade civil objetiva e solidária do Estado, em face dos atos praticados na função de notário e registrador. Até porque o direito de regresso previsto no Art. 22, supracitado, garante o regresso em

relação aos prepostos e, com relação a atos praticados por estes é que a responsabilidade é direta.

Nesse sentido, defende que a solidariedade decorre do artigo 37, § 6º, da CF/88, em diálogo com Art. 22 da Lei nº 8.935/94.

Extrai-se da interpretação desses dispositivos que, caso o autor escolha demandar Estado sua pretensão será amparada na responsabilidade objetiva e ao Ente Estatal restará a via regressiva em face do delegatário, caso comprove o dolo ou culpa deste. Mas, caso escolha demandar diretamente o agente delegatário deve propor sua demanda sob a ótica da responsabilidade subjetiva com o ônus de demonstrar e comprovar a culpa ou o dolo do profissional.

Neste sentido, é importante observar-se a impossibilidade da aplicabilidade da responsabilidade solidária do ente estatal, posto que é impossível o lesado demandar, cumulativamente, o Estado e o agente delegatário de notas e registros.

A Responsabilidade Civil do Delegatário por seus Próprios Atos e pelos Atos de seus Prepostos

Para que se possa avaliar-se com propriedade a metodologia da responsabilidade civil na função dos notários e registradores, torna-se autoritário definir-se qual é a teoria que deve ser aplicada na função destes agentes. E, nesse sentido as jurisprudências se orientam pela aplicabilidade de duas teorias adversas, quais sejam, a teoria objetiva e a teoria subjetiva da responsabilidade civil.

Os filiados da teoria objetiva resguardam que os notários e registradores devem responder civilmente pelos danos causados por si ou seus prepostos no exercício do cargo que desempenham, independentemente de atuarem com dolo ou culpa.

O principal fundamento dessa corrente era extraído da leitura e interpretação do artigo 22, da Lei nº 8.935/94, em sua redação originária que possuía o seguinte teor:

Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

Nos termos do dispositivo supracitado, os notários e os oficiais de registro responderiam pelos danos que ele e seus prepostos causassem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, restando ao delegatários apenas a ação regressiva se percebesse dolo ou culpa de seus prepostos.

Assim, os defensores da corrente objetivista alegam que por haver previsto a teoria subjetiva tão somente para ação regressiva, o legislador, inversamente, teria imputado a responsabilidade objetiva aos notários e registradores pelos danos causados no exercício da função pública.

Igualmente, avaliando a natureza da atividade exercida pelos notários e registradores e a pretensa lacuna na Lei nº 8.935/94, pugnam pela aplicação subsidiária da teoria do risco prevista no artigo 927, do Código Civil Brasileiro de 2002, citado anteriormente.

Analisando-se o teor do artigo supracitado ver-se que, na presunção de aplicabilidade da teoria do risco causado, a responsabilidade objetiva é imputada aos que exerçam atividades cuja natureza ofereça riscos de danos, ou prejuízos, a terceiros. Concomitante a isso, os filiados à teoria objetivista dizem que é da própria caráter dos serviços notariais e de registros a criação de riscos e dessa forma é justa sua aplicabilidade à atividade delegada.

Contrário a este entendimento, encontra-se a corrente doutrinário-jurisprudencial que resguarda o emprego da teoria subjetiva da responsabilidade civil no cargo dos notários e registradores sendo esta a corrente majoritária no país. Portanto, além dos requisitos relacionados à teoria objetiva (conduta voluntária, nexos de causalidade e dano), acrescenta-se a necessidade de comprovar o dolo ou a culpa daqueles profissionais.

A corrente subjetivista ganhou importante reforço com a novel alteração legislativa impetrada no Art. 22 da Lei 8.935/94, com redação dada pela Redação dada pela Lei nº 13.286, de 10 de maio de 2016, que assim dispõe:

Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. [sem grifo no original]

Para os adeptos da teoria subjetivista, da análise do artigo supracitado, ainda na redação anterior, em cotejo com artigo 37, § 6º, da CF/88, não se encontrava os elementos necessários para a responsabilidade civil objetiva dos agentes, mas, exclusivamente, uma ordem de direito de regresso, visando melhor garantia ao lesado permitindo-o demandar diretamente o prestador do serviço – Estado ou agentes delegados – que possui mais condições de solver o dano que o funcionário que

eventualmente tenha dado causa que responderá somente diante de seu empregador em caso de dolo ou culpa.

Visando contrapor o pretense fundamento objetivista da dupla responsabilidade contida no art. 22, da Lei nº 8.935/94, Stoco (2004), informa que a corrente subjetivista já prelecionava que, ao aplicar-se a responsabilidade civil no cargo dos notários e registradores, é imperioso considerá-los, obrigatoriamente, como agentes públicos, representantes diretos do próprio desejo estatal.

Assim, com supedâneo no art. 37, § 6º, da CF/88, o Estado responderia objetivamente pelas perdas causadas pelo notário e registrador e estes perante aquele em futura ação regressiva caso se apurasse a existência de dolo ou culpa. Até porque, por meio de lei ordinária não se pode subverter uma disposição constitucional. Nesse sentido, tem-se o acórdão na Apelação Cível nº 2001.008736-7, do Tribunal de Justiça Catarinense, com o seguinte teor⁸:

[...] Dessa forma, se o ato praticado ou o serviço prestado pelo titular do serviço se insere no âmbito dessa função pública delegada, a relação jurídica aí existente é eminentemente de natureza pública, devendo o Estado ser responsabilizado objetivamente pelo ato do tabelião, caracterizado como agente público e, conseqüentemente, acolhido pela norma constitucional do art. 37, § 6º, garantido o direito de regresso contra o responsável". Relator Desembargador Nicanor Calirio da Silveira. Florianópolis, SC, 21/10/2001. [Sem grifo no original].

Ademais, com razão sustenta os subjetivistas que o princípio da isonomia restaria vulnerado caso fosse possível aplicar a responsabilidade objetiva apenas aos notários e registradores sem que igualmente fosse aplicado aos demais agentes públicos brasileiros. Nesse sentido, STOCO (2004, pág. 179) leciona que:

Não há dissensões, dúvidas ou controvérsias na doutrina e na jurisprudência de que a responsabilidade do Estado é objetiva, com direito de regresso contra o preposto, desde que este tenha agido com dolo ou culpa. Desse modo, se todos os servidores públicos ou agentes públicos típicos, por equiparação, ou particulares exercendo atividade pública delegada pelo Estado só respondem em face da culpa aquiliana, com o seria possível impor a responsabilidade objetiva a apenas um segmento da atividade administrativa do Estado, ou seja, os notários e registradores.

Além disso, na corrente subjetivista realçam os argumentos de que hermeneuticamente o verbo 'responder', contido no artigo 22, da Lei nº 8.935/94, exprime faculdade posta à disposição do prejudicado para demandar judicialmente o delegado sem, contudo, desfigurar sua responsabilidade subjetiva.

A corrente subjetiva afasta a tese objetivista que pretendem igualar os delegatários com as pessoas jurídicas mencionadas no Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Discorrendo sobre esse assunto, Alves (2002:96) diz que "*O dispositivo constitucional em comento volta-se somente às pessoas jurídicas, quer de direito público ou privado*".

Dessa forma, a serventia não é pessoa jurídica, mas tão somente o local onde o delegatário desenvolve seu ofício. Isso fica claro também pela análise jurídica da relação entre o titular da serventia e o poder público e até mesmo pelo fato de que tanto a organização quanto o funcionamento serem regulados por lei e sobre o controle e fiscalização do Poder Judiciário.

Norteando-se pelo caráter pessoal o desempenho da atividade notarial e registral, a própria redação do art. 22, da Lei nº 8.935/94, cita notários e registradores sem qualquer enfoque a serventias que pudesse imaginar que implicitamente a responsabilidade era do serviço e não do agente delegado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade notarial e de registros é reconhecida como serviço público com estreita relação com a autoridade estatal, pois, além da sua prestação íntegra a disposição da sociedade e, se prestada sobre os princípios que orienta a própria atuação estatal, destina-se também a pacificação social por meio da fé pública e segurança jurídica de que são dotados seus atos, sendo o caso de uma verdadeira jurisdição preventiva. Essa foi a constatação a que se chegou com esta pesquisa, desde o estudo do arcabouço histórico das atividades notariais e registrais em cotejo com as características dessas funções que chegaram até aos dias atuais nos precisos termos do Art. 236 da atual Carta Magna.

A natureza jurídica da atividade notarial e registral decorre do fato de ser desempenhada mediante delegação estatal com parâmetros de desempenho estabelecidos por lei.

Em virtude dessa classificação iniciaram muitos questionamentos sobre que tipo de responsabilidade civil incidia na atividade cartorária.

Através da pesquisa na história da responsabilidade civil conseguiu-se evidenciar os principais momentos pelos quais passaram o referido instituto e pode-se compreender sua razão e finalidade bem como os contornos obtidos no curso do tempo e assim entender o modelo ideal, para não dizer justo, a preponderar na reparação dos danos originados da atividade dos notários e registradores.

Depois se passou, com fundamento na ordem jurídica brasileira, a analisar os elementos constitutivos, suas espécies e suas excludentes. Assim, foi explanada a responsabilidade civil do Estado em que se consta a natureza objetiva da sua obrigação indenizatória e de natureza subjetiva a responsabilidade de seus agentes entre os quais se verifica estarem incluso os notários e registradores.

Sobre a responsabilidade civil do Estado, em decorrência de duas correntes principais. A primeira corrente, defendida pelo STJ⁹ sustenta que a responsabilidade civil do Estado é de natureza indireta e subsidiária ao agente de notas e de registros. Contudo, se concorda com a segunda corrente que defende justamente o oposto. Ou seja, para essa corrente, na qual se filia esta pesquisa, a responsabilidade civil do poder público é direta e objetiva e, perante ele que o delegatário responde regressivamente em caso de dolo ou culpa.

Ainda sobre esse tema, em face das conclusões colacionadas, vislumbrou-se sequer a possibilidade de aplicar a solidariedade, visto ser impróprio numa mesma ação demandar – Estado e agente – sujeitos a regime de responsabilidade civil diferentes. Isto porque, em face do que se pesquisou, entendeu-se que o Estado, em efeito dos danos trazidos pela atividade de notas e registros, deve responder perante a vítima de caráter direto e objetivo.

Todavia garantido, ao Ente estatal, o direito de regresso nos casos de culpa e dolo do agente delegado. Isto, porque, os agentes que originaram os danos, pois são considerados representantes da Administração Pública (agentes públicos em sentido lato) e, de tal modo, a obrigação indenizatória objetiva do ente Estatal se depara devidamente evidenciada, com fundamento na teoria do risco administrativo constante no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Igualmente, também parece mais acertado afirmar que os delegatários respondam subjetivamente pelos danos gerados em razão de serem pessoas físicas delegatárias de serviço público, e não pessoas jurídicas licenciadas ou concessionárias de serviço público. Além de que, caso se adotasse a teoria objetiva estar-se-ia gerando muitas injustiças com estes profissionais e, dessa forma o ônus indenizatório teria aptidão para fulminar por completo a viabilidade econômica do serviço de notas e registros pelo caráter privado, trazendo os conhecidos transtornos sociais que a ausência de tais profissionais geraria.

REFERÊNCIAS

Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 187**. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=355>. Acesso em 09/11/2020.

Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 341**. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=248>. Acesso em 09/11/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 476.532/RJ**. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 04/08/2003. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=804031&num_registro=200200794152&data=20030804&tipo=5&formato=PDF. Em 06/12/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 625.144/SP**. Relator Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 29/05/2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2221686&num_registro=200302389572&data=20060529&tipo=5&formato=PDF. Em 15/12/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 411.266/PE**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em 10/05/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2184584>. Acesso em 15/12/2020.

Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 178.236/RJ**. Relator: Min. Octávio Gallotti. Julgado em 26/05/1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1589777>. Acesso em 26/11/2020.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO Vicente. Direito administrativo descomplicado. -25. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. São Paulo: Saraiva, 1963.

ALVES, Sonia Marilda Péres. **Responsabilidade civil dos notários e registradores: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em suas atividades e a sucessão trabalhista na delegação**. In: Revista de Direito Imobiliário IRIB. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 53, jul/dez. 2002.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. São Paulo: Saraiva, 2007

BRASIL, **Lei nº 973, de 02 de janeiro de 1903**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-973-2-janeiro-1903-584198-publicacaooriginal-106956-pl.html>. Acesso em janeiro de 2021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do. 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em fevereiro de 2021.

BRASIL, **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro de 2002)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm. Acesso em 15/12/2020.

BRASIL, **Lei nº 13.286 de 10 de maio de 2016**. Dispõe sobre a responsabilidade civil de notários e registradores, alterando o art. 22 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13286.htm. Acesso em 15/12/2020.

BRASIL, **Lei nº 6.015 de 1973 (Lei dos Registros Públicos)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm. Acesso em 26/11/2020.

BRASIL, **Lei nº 8.072 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 26/11/2020.

BRASIL, **Lei nº 8.935 de 1994 (Lei dos Notários e Registradores)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm. Acesso fevereiro de 2021.

BRASIL, **Lei nº 9.492 de 1997 (Lei de Protesto de Títulos e outros documentos de dívidas)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9492.htm. Acesso em fevereiro de 2021.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997 v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. aum.e atual.de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, volume 3: responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. — 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 15 ed. - Sao Paulo: Saraiva, 2014.

LOUREIRO, Luis Guilherme. **Registros Públicos – Teoria e Prática**. 5ª. edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2014.

MELO JÚNIOR, Regnoberto Marques de. **O notariado na antigüidade, no direito canônico e na idade média**. **Revista de direito imobiliário**. São Paulo: n. 48, jan/jun. 2000, p.93-124.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 5ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: com comentários ao código civil de 2002. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Responsabilidade Civil**. 16ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007. Vol. IV.

OBRAS CONSULTADAS

_____ **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP). 7. RESPONSABILIDADE DOS TABELIÃES E REGISTRADORES (pág. 30 a39)**

Boletim de Jurisprudências das Câmaras do Tribunal de Justiça de São Paulo: Notas e Registros Públicos – Ano I. n.0. 2017 – São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado.

DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO APÓS O DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA TRANSAÇÃO PENAL

JÁDER DE MEDEIROS MARIZ NETO:

Oficial de Justiça do TJAL. Fui Advogado Público concursado e Técnico do MPPB.

RESUMO: O objetivo deste estudo é ponderar acerca da possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processual após o inadimplemento de uma ou mais condições da transação penal. Para isso, o presente estudo inicia-se com uma análise histórica da Lei 9.099/95 e o seu impacto no sistema processual penal brasileiro. Ademais, o artigo analisa a característica consensual dos Juizados Especiais Criminais em confronto com os princípios constitucionais do processo penal. Nesse sentido, procede-se um estudo acerca da finalidade dos Juizados Especiais Criminais e suas medidas despenalizadoras a fim de analisar as consequências do descumprimento das exigências do acordo da transação penal tem sobre o sursis processual. Por fim, concluir pela possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo após o descumprimento injustificado de uma ou mais condições da transação penal.

Palavras-Chave: Descumprimento da transação penal. Suspensão Condicional do Processo. Juizados Especiais Criminais. Finalidade da Lei 9.099/95.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 9.099/95, que, a partir do seu artigo 60, dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, representou uma considerável revolução no sistema processual penal brasileiro, inaugurando um microsistema de justiça criminal. Afirma-se que a criação da supracitada lei trouxe várias mudanças significativas em relação ao tradicional modelo de solução dos conflitos no Processo Penal até então vigente.

O juizado especial criminal, provido de juízes togados ou togados e leigos, tem competência para conciliação, julgamento e a execução de infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Com efeito, a criação de institutos despenalizadores e descarcerizadores exprime a vontade do legislador em mudar o tratamento penal aplicado aos autores de crimes de menor potencial ofensivo, afastando-os dos malefícios existentes no sistema prisional.

Como cediço, o problema prisional não é novidade no Brasil. Comumente são noticiadas as crises encontradas no sistema prisional brasileiro, como o da superlotação,

condições desumanas, rebeliões e mortes nas unidades penitenciárias brasileiras. As quais apenas refletem a falência do atual modelo punitivo brasileiro.

Sob este enfoque de descarcerização, uma das principais inovações, senão a principal, trazidas pela respectiva lei é o instituto da transação penal. Isso porque, a aplicação de pena não privativa de liberdade antes do oferecimento da denúncia foi um aperfeiçoamento necessário e fundamental na ordem jurídica brasileira.

Ademais, além da transação penal, a Lei 9.099/95 estabeleceu a possibilidade de suspensão condicional do processo, regramento este tão importante quanto aquele, estabelecido com o propósito de evitar a prolação de uma sentença por meio do sobrestamento da ação penal.

A finalidade do presente trabalho leva em conta a análise conjunta de ambos os institutos mencionados acima, através das possíveis consequências que a transação penal tem sobre a suspensão condicional do processo. Mais especificamente, analisar se é possível, quando há descumprimento de uma ou mais condições da transação penal, que o órgão do Ministério Público ofereça a suspensão condicional do processo.

Em virtude da concreta chance dessa indagação aparecer em alguma Ação Penal ajuizada no Brasil, torna-se oportuna a análise do problema apresentando, quanto à possibilidade de utilização da suspensão condicional do processo e da transação Penal em um mesmo processo penal. Assim, a presente pesquisa tem como objetivo geral analisar possibilidade ou não de aplicação da suspensão condicional do processo após o descumprimento das condições da transação penal.

Neste contexto, a inexistência de normatização legal sobre a aplicabilidade da suspensão condicional do processo após o descumprimento das condições impostas na transação penal, bem como o levantamento do pouco conteúdo acadêmico acerca da problemática, revela a importância jurídica da análise proposta pela presente pesquisa, que se utiliza da interpretação teleológica da Lei 9.099/95 e de seus institutos para solucionar a respectiva lacuna legal. Ademais, a análise sucinta do sistema penitenciário brasileiro e o estudo a respeito dos institutos despenalizadores e descarcerizadores trazidos pela Lei 9.099/95, com base na observância da sua principal consequência, qual seja, a não privação da liberdade, indica, ainda, a relevância social do presente estudo.

No que concerne aos aspectos metodológicos, utilizamos neste trabalho uma pesquisa exploratória e analítica, quanto aos objetivos da pesquisa, e bibliográfica e

documental, quanto aos procedimentos técnicos da pesquisa, tendo sido os dados da pesquisa coletados, indiretamente, de fontes primária e secundária, como livros, periódicos, artigos científicos, jurisprudência e a legislação vigente. Ademais, o trabalho possui uma abordagem com enfoque qualificativo, no qual foi empregado, ainda, o método científico dedutivo.

Ressalte-se, por fim, que este realiza estudo interdisciplinar, tendo como referencial teórico as disciplinas Direito Penal, Processual Penal e Direito Constitucional.

2 JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Neste tópico, um breve histórico será exposto a fim de facilitar a localização cronológica da lei e seus institutos, além de demonstrar o impacto que os Juizados Especiais Criminais tiveram na sistemática processual penal brasileira. Ademais, serão confrontados os critérios orientadores expressos na Lei 9.099/95 com os Princípios Constitucionais que regulam o Processo Penal. Por fim, será abordada uma análise sobre a finalidade dos Juizados Especiais Criminais e seus institutos principais com o intuito de embasar uma solução para a indagação proposta neste artigo.

2.1 ANÁLISE HISTÓRICA DA LEI 9.099/95

De acordo com a Constituição Federal, a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, com competência para a conciliação, processamento, julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos nas hipóteses previstas em lei, os institutos da transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Assim, atendendo ao mandamento constitucional, foi criada a Lei 9.099/95, que entrou em vigor em 26 de novembro de 1995, revolucionando o sistema processual penal brasileiro como um todo, criando um microssistema processual penal.

O processualista Aury Lopes Jr. (2014, p. 753) analisa a importância da criação dos Juizados Especiais Criminais em relação à sistemática processual penal:

“Sem dúvida, a Lei n. 9.099/95 representou um marco no processo penal brasileiro, na medida em que, rompendo com a estrutura tradicional de solução dos conflitos, estabeleceu uma substancial mudança na ideologia até então vigente. A adoção de medidas despenalizadoras e decarcerizadoras marcou um novo paradigma no tratamento da violência.”

Sob a ótica de uma jurisdição consensual, a Lei nº 9.099/95 estabeleceu 4 (quatro) institutos despenalizadores, antes não previstos, com o propósito de evitar a instauração do processo ou, ao menos, impedir seu prosseguimento, quais sejam: a composição dos danos civis (art. 74, parágrafo único), a transação penal (art. 76), os crimes de lesões corporais leves e lesões culposas passam a ser de ação pública condicionada à representação (art. 88), e a suspensão condicional do processo (art. 89).

Dessa forma, o juizado especial criminal declara a existência da justiça criminal consensual no Brasil, divergindo da justiça conflitiva. Na justiça consensual prevalece o consenso, a previsão de penas restritivas de direito, a aplicação do princípio da discricionariedade regrada, a previsão da transação penal que constitui exceção à obrigatoriedade da ação penal, a suspensão condicional do processo, a exceção à indisponibilidade. Diferentemente a jurisdição conflitiva, que é marcada pela existência de conflito entre a acusação e a defesa, a imposição de pena privativa de liberdade, e a aplicação do princípio da obrigatoriedade e indeclinabilidade.

Neste sentido, outra importante inovação trazida pela Lei 9.099/95 foi o regramento de que não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer.

Corroborando com a ideia de um sistema consensual no Direito Processual Penal brasileiro, ao falar sobre as inovações trazidas pelos Juizados Especiais Criminais, o jurista Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 751) preleciona que:

“A nosso aviso, mais que isso, a Lei nº 9.099/95 inaugurou um novo modelo processual no Brasil, que até então sempre convivera com o antigo sistema penal condenatório. A partir dela, e como alternativa ao modelo condenatório de processo, cuja característica é a imposição das penas, existe outra solução para determinadas infrações penais. Podemos, então, falar em um modelo consensual de Justiça e de processo penal, por meio do qual a escolha da sanção estatal poderá contar com a participação do acusado, desde que com a intervenção, indispensável, de um advogado, constituído ou designado pelo Estado.”

Por outro lado, sobre o conceito de crime de menor potencial ofensivo, a Lei 9.099/95 sofreu algumas alterações a respeito. Isso porque, quando o diploma legal entrou em vigor no ano de 1995, o conceito de infração de menor potencial ofensivo explicitado na própria lei em sua antiga redação dizia o seguinte: “contravenções penais e os crimes a

que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial” (BRASIL, 1995, p. 1).

Entretanto, em 2001, entrou em vigor a lei 10.259/01, dispondo sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, em sua redação original, a lei trazia o seguinte conceito de infração de menor potencial ofensivo: “consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa” (BRASIL, 2001, p. 1).

Sobre o aparente conflito de normas, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 196) é preciso ao solucionar a divergência:

“Como se pode perceber, havia flagrante disparidade entre os conceitos de infração de menor potencial ofensivo constantes da Lei 9.099/95 e da Lei nº 10.259/01. A par da pena máxima diferenciada (um ano na Lei nº 9.099/95, dois anos na Lei nº 10.259/01), a Lei dos Juizados Especiais Federais não fazia qualquer ressalva em relação aos casos sujeitos a procedimento especial, do que podia se depreender que o procedimento dos juizados também seria aplicável a tais infrações. Diante dessa diferença, questionou-se à época se haveria um conceito único de infração de menor potencial ofensivo no sistema jurídico brasileiro (sistema unitário) ou se haveria um conceito de infração de menor potencial ofensivo diferente, a depender da competência de Justiça (sistema bipartido). Como decorrência do princípio constitucional da igualdade (ou do tratamento isonômico), do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, e também porque se tratava de lei nova com conteúdo penal favorável (CP, art. 2º, parágrafo único), acabou prevalecendo a primeira corrente, no sentido de que o conceito de infração de menor potencial ofensivo trazido pela Lei nº 10.259/01 seria extensivo aos Juizados Estaduais, com a consequente derrogação do art. 61 da Lei nº 9.099/95.”

Posteriormente, a lei nº 11.313/06 solucionou de vez o conflito, uma vez que o art. 61 da lei nº 9.099/95 foi alterado, passando a prever que infração penal de menor potencial ofensivo são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Observar-se, portanto, uma clara sintonia entre a Lei 9.099/95 e a lei 10.259/01 em relação ao conceito de crime de menor potencial ofensivo.

Portanto, percebe-se que a lei n. 9.099/95 não criou apenas os Juizados Especiais Criminais, a lei também serviu para que institutos com a mesma finalidade do diploma

legal fossem inseridos no direito penal material brasileiro, entre eles a transação penal e a suspensão condicional do processo.

2.2 PRINCIPIOLOGIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Além de propiciar um novo modelo de Sistema Processual Penal no Brasil, qual seja um modelo consensual, a Lei dos Juizados Especiais Criminais preceitua que o processo perante o Juizado Especial deve se basear pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Em relação ao modelo consensual e informal dos Juizados Especiais Criminais, Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 751) leciona:

“O modelo consensual de Justiça, sobretudo quando ainda atrelado à imposição de penas, abre-se a críticas de toda ordem. A informalidade e a preocupação com a funcionalidade do sistema (consensual) podem atingir níveis perturbadores de irracionalidade. Em tema de processo penal, em que o que está em risco é a liberdade individual, ou os direitos e garantias tradicionalmente assegurados, a questão pode ser dramática. A pressa e a informalidade com que as questões podem ser tratadas - e a realidade demonstra tal incidência - nos Juizados, com os olhos voltados para a eficácia e a rápida satisfação dos interesses em conflito, podem ser altamente nocivas à realização da Justiça Penal. Todo o cuidado é pouco, sobretudo no que se refere à atuação dos órgãos do Ministério Público e do Judiciário, responsáveis, cada um à sua maneira, pela administração dos Juizados. Mas, ainda que assim seja, pensamos que os Juizados Especiais Criminais vieram para ficar. E devem mesmo ficar.”

Evidentemente, para além da observância desses critérios orientadores, também é necessário se respeitar os princípios gerais do processo, entre eles o devido processo legal, juiz natural, contraditório, ampla defesa e vedação das provas ilícitas, por exemplo (LIMA, 2014).

Nessa ótica, sabe-se que o direito pós-positivista passa por um processo de constitucionalização, de modo que a Constituição torna-se a lei fundamental e suprema do ordenamento, devendo as outras espécies normativas guardar compatibilidade formal

e material com ela. Assim as normas jurídicas devem observar os princípios e valores constitucionais, sob pena de serem eivadas de vícios de inconstitucionalidades.

Assim, o Direito Processual sofre vários reflexos do Direito Constitucional, falando-se na existência de um Direito Processual Constitucional, em razão da incidência das regras constitucionais que informam o direito processual, o que a doutrina denomina de fenômeno da constitucionalização do processo. São verdadeiros mandamentos constitucionais que repercutem por todo o sistema processual brasileiro.

Neste contexto, não se justificaria um tratamento diferente em relação à Lei 9.099/95, devendo esta observar, também, os ditames constitucionais no que concerne ao processo penal. A esta norma também devem ser aplicados os princípios estipulados constitucionalmente, como: o princípio da duração razoável do processo, princípio do devido processo legal, princípio da publicidade, princípio da ampla defesa e do contraditório, princípio da motivação das decisões judiciais, princípio do juiz natural, princípio da igualdade ou isonomia das partes, princípio do duplo grau de jurisdição.

Nesta perspectiva, Renato Brasileiro de Lima (2014) afirma que quando essa jurisdição consensual foi introduzida no ordenamento pátrio pela Lei 9.099/95, parte minoritária da doutrina passou a sustentar sua inconstitucionalidade, sob o argumento de que a aplicação de pena, no caso da transação penal, sem processo e sem prévio reconhecimento de culpa violaria o princípio expresso na Constituição Federal do devido processo legal.

Sobre o tema, Rosimeire Ventura Leite (2009) destaca que as dificuldades mais marcantes do sistema consensual no processo penal relacionam-se com os princípios e as garantias constitucionais que se incorporaram à noção de processo legítimo, protegendo-o contra abusos no exercício do poder punitivo estatal. Nesse sentido, a presunção de inocência, a imposição de pena condicionada à aferição da culpabilidade e à realização de um julgamento, enfim, o direito ao devido processo legal e seus corolários, são temas frequentemente questionados quando se trata de adotar uma solução pautada no modelo consensual.

Contudo, não há como sustentar a inconstitucionalidade da Lei 9.099/95, tampouco dos seus institutos, pois a própria Constituição Federal prevê a criação dos Juizados Especiais e da própria transação penal em seu artigo 98. Além disso, não se pode falar em ofensa ao devido processo legal, nem ao princípio da presunção de inocência. Isso porque, a aceitação por parte do autor de algum dos institutos despenalizadores presentes na lei não abre discussão sobre a culpabilidade deste, não se declara, em nenhum momento, que

ele é culpado – por exemplo, não há reconhecimento de culpa na aceitação da transação penal –, assim, não havendo reincidência e antecedentes criminais.

Da mesma maneira, Ada Pellegrini Grinover (2005) afirma que submeter-se, voluntariamente, a uma sanção penal é uma técnica de defesa. E, por ser uma faculdade da defesa, não viola o princípio constitucional da presunção da inocência. O autor do fato pode aceitar a pena alternativa por inúmeras razões, como para não se ver em um processo criminal demorado. Nesse diapasão, a Lei 9.099/95 oferece medidas alternativas ao autor do fato para que este não responda um processo criminal.

Em relação ao *due process of law*, não se pode considerar apenas devido processo legal nos procedimentos clássicos trazidos pelo Código de Processo Penal. A observância do devido processo legal não é alcançada tão somente no modelo clássico, mas também por meio da obediência a procedimentos pré-estabelecidos, da existência de juízo competente, imparcial, além do respeito à ampla defesa e ao contraditório durante o caminho processual.

Além disso, é importante ressaltar aspecto constitucional que marca o sistema do juizado especial criminal, qual seja, a duração razoável e celeridade do processo. Dessa forma, atento à lentidão processual, o legislador constitucional, mediante a emenda constitucional 45 de 2004, acrescentou o inciso LXXVII ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, para determinar que a “todos, no âmbito judicial e administrativo, serão assegurados a razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988, p. 1).

Este princípio é abarcado pela Lei 9.099/95, pois se busca a maior efetividade jurisdicional mediante um processo mais célere e econômico. Pretendeu-se a criação de uma norma processual simples, ágil e apta a resolver conflitos menos complexos de forma rápida e eficiente. Neste sentido, preleciona Nestor Távora (2014, p. 76):

“A Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) asseverou em ser art. 62 o princípio em estudo, além do princípio da celeridade e informalidade, como forma de imprimir a rápida solução dos conflitos, sem apego ao rigor formal, e tendo em mente que a procrastinação desarrazoada é asilo de injustiças não só a vítima, mas também ao imputado.”

Portanto, vê-se a lei nº 9.099/95 intenta garantir, em tese, a celeridade processual e a duração razoável do processo mediante a sua estrutura procedimental, qual seja, o procedimento sumaríssimo, que possui instrumentos capazes de afastar a procrastinação processual.

Avançando no tema, passa-se agora à análise de cada um dos critérios orientadores enumerados na Lei dos Juizados Especiais Criminais. O critério da oralidade determina que os atos processuais serão praticados oralmente, o que acarreta celeridade e eficiência. Os atos processuais essenciais serão reduzidos a termo ou transcritos por quaisquer meios, já outros atos processuais praticados serão gravados, se necessário. Como consequência da oralidade nos juizados especiais criminais, tem-se uma única audiência consistente na tentativa de redução do procedimento, objetivando encurtar o lapso temporal entre a data do fato e a do julgamento.

Por sua vez, a informalidade e a simplicidade se referem à desburocratização dos atos processuais. Dar-se valor à instrumentalidade processual, corolário lógico do princípio da instrumentalidade das formas. Isso porque a nova lei reduz as formalidades excessivas, procurando-se dar inteira aplicação à máxima *pas de nulité sans grief*. Um dos exemplos dessa simplicidade é a dispensa do relatório na sentença no procedimento dos Juizados Especiais Criminais.

Por fim, a economia processual pode ser conceituada como a tentativa de reduzir os desperdícios na condução processual bem como nos atos processuais, de trabalho, tempo e demais despesas, que possam travar o curso do processo. A celeridade, similarmente, é a tentativa de uma rápida solução do litígio, fornecendo às partes uma solução rápida e eficiente sobre o caso concreto. Ambos derivam da máxima constitucional disposta no Art. 5º da Magna Carta que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Com isso, somando-se os princípios informados e as demais características, vê-se a clara constitucionalização do sistema processual penal dos juizados especiais criminais.

Fez por bem o legislador infraconstitucional em institui uma norma inovadora, de caráter processual, que viabilizasse os comandos constitucionais do direito processual penal constitucional, com observâncias de direitos e garantias materiais. Dessa forma, é nítida a compatibilidade da Lei 9.099/95 com a Constituição Federal.

2.3 FINALIDADES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E SEUS INSTITUTOS

Como já visto, o debate sobre a punição aos autores de delitos de menor potencial com o advento da visão democrática da Constituição Federal fez com que o constituinte originário percebesse a necessidade de se criar um diploma legal voltado para a análise da criminalidade derivada das infrações penais de pequeno porte.

O mandamento constitucional da criação dos Juizados Especiais Criminais garante, de um lado, um tratamento penal diferenciado ao cidadão que comete um delito de menor potencial ofensivo, mediante aplicação de sanções alternativas à pena privativa de liberdade, determinando-se a excepcionalidade, por outro lado, através da aplicação de medidas alternativas e de um processo criminal orientado pela celeridade e oralidade, garantindo à sociedade e, principalmente, à vítima uma resposta judiciária efetiva.

À época da criação dos Juizados Especiais Criminais, questionava-se se seria justificável a aplicação de penas privativas de liberdades como sanção para delitos considerados de menor gravidade. Isso porque os ditos crimes mais graves exigiam maior agilidade e presteza do Poder Judiciário.

Nesse sentido, a criação dos Juizados Especiais Criminais foi uma medida necessária tomada pelo legislador, diante da existência de situações que exigiam urgência na sua resolução, nas quais a eficácia poderia restar prejudicada pela morosidade processual. Este decidiu adotar um procedimento diferenciado para os delitos menos graves, dando especial ênfase à vítima e ao autor do delito.

Corroborando o exposto é a lição de Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 188):

“Na verdade, inspirada no princípio da intervenção mínima, a Lei nº 9.099/95 importou em expressiva transformação do panorama penal e processual penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegiasse a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal.”

Além disso, na própria exposição de motivos do projeto da Lei 9.099/95, o legislador preocupou-se com a então impunidade das pequenas infrações penais decorrente do aumento da criminalidade, já que esta fez com que o Poder Judiciário, demandado com um número excessivo de processos, elege-se como primordial a prestação da tutela jurisdicional das infrações penais mais graves.

A Lei 9.099/95 é um contraponto àquele clássico modelo onde a reparação do dano e a ressocialização eram tidas como coadjuvantes e a resposta estatal à prática de um delito não é mais tão somente a prisão, mas sim outras sanções diferentes da privação da liberdade. Eugênio Pacelli de Oliveira (2014) explicita que a referida lei deve ser interpretada no contexto de um movimento despenalizador, como também descarcerizador. Esse movimento amplia a aplicação das chamadas penas alternativas, procura afastar, o quanto possível, a imposição da pena privativa da liberdade.

Nesse interim, Oliveira (2014, p. 751) vai de encontro ao atual sistema penitenciário brasileiro para analisar e congratular as inovações trazidas pela Lei 9.099/95:

“O drama causado pela superpopulação de encarcerados e pelas condições desumanas de cumprimento das penas demonstra o desencanto com as prometidas funções destinadas às sanções penais e a conseqüente falência de todo o sistema punitivo de privação da liberdade. Nesse sentido, quaisquer medidas que tenham como ponto de partida essa realidade, e, com isso, busquem alternativas para as questões penais, devem ser recebidas, no mínimo, com boa vontade.”

Por conseqüência das inovações, para se chegar a um sistema consensual, os Juizados Especiais Criminais se baseiam em alguns mecanismos despenalizadores, em que, se houver um consenso entre o autor do fato e o titular da ação penal, firma-se um acordo com a imposição de obrigações positivas ou negativas a fim de evitar a instauração ou impedir o prosseguimento do processo e, cumpridas as respectivas condições, extingue-se a punibilidade do autor.

Elucida Luiz Flávio Gomes (1995) que despenalizar é adotar meios de se substituir ou utilizar alternativas de natureza penal ou processual que visem afastar a aplicação ou a execução da pena de prisão sem rejeitar o caráter ilícito da conduta. Assim, por força da Constituição Federal de 1988, sob a égide do Estado Democrático de Direito, instituíram-se normas reguladoras aos institutos despenalizadores aplicáveis às Leis n. 9.099/95 como novo paradigma político-criminal.

Com a adoção de um direito penal mínimo traduzindo-se na pouca intervenção punitiva estatal, a redução do número de internos em estabelecimentos penitenciários falidos e degradantes é uma das soluções encontradas. Seguindo a ideia de despenalização e descarcerização, observa-se que as medidas instituídas pela Lei 9.099/95 seguem a ideia da *ultima ratio* do Direito Penal. Isso porque, primeiramente, tais institutos substituem a prisão. Além disso, a concretização dessas medidas impede o prosseguimento das ações criminais (GARCIA FILHO, 2013).

Em suma, a intenção da edição da Lei 9.099/95 é a de conferir provimento judicial mais célere e eficaz nas hipóteses da prática de delitos de menor potencial ofensivo, cuja atuação firme do Poder Judiciário é necessária para diminuir a impunidade, além de efetivar caráter preventivo gerais de tais condutas. Ademais, a finalidade de despenalizar as condutas menos graves e conseqüentemente não aplicar pena privativa de liberdade aos autores de delitos dessa natureza tem como resultado reduzir a quantidade de presos no sistema penitenciário brasileiro e ao mesmo tempo desafogar as a justiça criminal.

3 INSTITUTOS DESPENALIZADORES

Três institutos destacam-se na Lei 9.099/95 como representantes do modelo consensual presente nos Juizados Especiais Criminais: a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Todos priorizam soluções mais rápidas, além de evitar as conseqüências desvantajosas do processo e da aplicação de pena privativa de liberdade.

Os institutos configuram-se como medidas despenalizadoras, uma vez que afastam o encarceramento em delitos de menor potencial ofensivo e os efeitos nocivos do contato com as mazelas do sistema carcerário (LEITE, 2009). Há doutrinadores, a exemplo de Renato Brasileiro de Lima (2014), que, além das três medidas despenalizadoras já citadas, consideram a representação nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas, trazida no texto da Lei 9.099/95, como instituto despenalizador.

Essas medidas despenalizadoras são caracterizadas como normas processuais materiais, isto é, repercutem no *status liberates* do agente, aplicando-se, inclusive, o princípio da retroativa da lei penal mais benéfica.

No entanto, por questões práticas, neste tópico serão analisados a fundo os institutos da transação penal e do *sursis* processual, bem como as conseqüências do

descumprimento de uma ou mais condições da transação penal. Por fim, após a apreciação dos referidos e institutos, analisar-se-á a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo após o descumprimento de uma ou mais condições da transação penal.

3.1 TRANSAÇÃO PENAL

Diante de uma visão consensual, a transação penal consiste no oferecimento ao acusado, por parte do Ministério Público, de pena antecipada, evitando-se, assim, a instauração do processo.

Desde já, é preciso explicitar que a transação penal é um direito subjetivo do acusado, de modo que, preenchidos os requisitos legais, deve ser concedida. Reforçando tal entendimento, confira-se a lição do magistério do processualista e membro do Ministério Público Federal, Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 758):

“Entretanto, em uma realidade totalmente diferente, como é o caso do processo penal conciliatório, em que a prioridade da Justiça Penal é a não imposição da pena privativa da liberdade, é claro que o principal papel reservado ao Ministério Público não poderá mais ser o mesmo. Partindo do pressuposto da insuficiência do sistema penal e da inadequação das penas privativas da liberdade, a Lei nº 9.099/95 prevê hipóteses expressas em que a imposição de pena privativa da liberdade não será a melhor solução para o caso penal. Por isso, estabelece situações nas quais, preenchendo o acusado determinados requisitos, elaborados a partir da consideração da natureza do crime, da apenação e das condições pessoais do agente, o primeiro passo a ser seguido pelo parquet será a propositura da transação penal. A transação penal, pois, constitui direito subjetivo do réu. A discricionariedade que se reserva ao Ministério Público é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação; restritiva de direitos ou multa, nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/95.”

Sob o argumento de se tratar de direito público subjetivo do autor do fato delituoso, não se defere ao juiz a possibilidade de conceder de ofício a transação penal contra a vontade do Ministério Público ou do querelante. Não cabe ao juiz, que não é titular da ação penal, substituir-se ao órgão ministerial ou ao querelante para formular de ofício a proposta de transação penal, sob pena de evidente violação ao art. 129, inciso I, da Constituição Federal. Assim, caso o titular da ação penal não ofereça a proposta de

transação penal, o Juiz, discordando do titular da ação penal, deve remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça (ou, na esfera federal, às Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal), em analogia ao disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal.

Passa-se, agora, à análise dos pressupostos de admissibilidade da transação penal. Primeiramente, é preciso analisar se o fato tido como delito é considerado de menor potencial ofensivo. Como já visto no tópico 2.1 do presente trabalho, delitos de menor potencial ofensivo são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Além disso, caso haja conexão ou continência entre infrações de menor potencial ofensivo ou entre aquelas e crimes que não sejam de menor potencial ofensivo, e as penas máximas somadas ultrapassarem o limite de dois anos, deve-se observar a regra do artigo 78 do Código de Processo Penal, a fim de se saber qual será o juízo competente. Com isso, se em virtude da aplicação das regras deste artigo venha a ser estabelecida a competência do juízo comum ou do tribunal do júri para julgar também a infração de menor potencial ofensivo, afastando, portanto, o procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95, isso não impedirá a aplicação da transação penal em relação à infração de menor potencial ofensivo (LIMA, 2014).

Por sua vez, é preciso que não seja caso de arquivamento do termo circunstanciado. Isso porque, segundo Aury Lopes Jr. (2014) a transação penal somente terá aplicação quando houver *fumus commissi delicti* e o preenchimento das demais condições da ação processual penal, não sendo a transação um sucedâneo ao pedido de arquivamento.

O fato de os Juizados Especiais Criminais terem sua competência limitada às infrações penais de menor potencial ofensivo não dispensa a demonstração e análise das condições da ação, especialmente a exigência de demonstração da fumaça do crime e da justa causa. Ainda que se trate de crime de menor potencial ofensivo, deve-se verificar se há relevância jurídico-penal na conduta. Constatando-se ser a conduta insignificante sob ponto de vista jurídico-penal, deve a denúncia ou queixa ser rejeitada. Da mesma forma, se não vier instruída com um mínimo de elementos probatórios da tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

É preciso, também, não ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva. Observa-se, portanto, que

anterior condenação à pena restritiva de direitos ou multa pela prática de crime, ou prévia condenação pela prática de contravenção, não são impedimentos à concessão da transação penal.

Já em relação a algum critério temporal, tratou a lei de dizer que não poderá se beneficiar da transação penal, no prazo de 5 (cinco) anos, quem já tenha se beneficiado desta anteriormente.

Por fim, a lei disciplina que não se admitirá a proposta se ficar comprovado não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. Trata-se, portanto, de um requisito subjetivo. Isso porque, não propor a transação penal pelo fato de ter o imputado maus antecedentes pode constituir uma violação da presunção de inocência. Além disso, é notório que conduta social, personalidade do agente, motivos e as circunstâncias são conceitos abertos. Sobre a problemática, Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 766) apresenta uma solução:

“Em tema de maus antecedentes, e também no que se refere aos motivos e circunstâncias do crime, é importante ter sempre presente que os Juizados Especiais Criminais devem visar, sempre que não for indispensável outra solução, à não imposição da pena privativa da liberdade, razão pela qual nem a existência de processo penal instaurado contra o acusado foi prevista expressamente como causa impeditiva da transação.

Caberá ao Juizado, pois, o exame cuidadoso de cada caso concreto, para que se chegue à conclusão de inviabilidade da transação pela existência de maus antecedentes, até porque o atual processo penal brasileiro, mesmo o modelo condenatório, caminha para a não imposição de pena privativa da liberdade, quando se tratar de infrações cuja pena não seja superior a quatro anos.”

Por outro lado, a interpretação literal do art. 76, caput, da Lei 9.099/95, pode levar à conclusão equivocada de que a proposta de transação penal só pode ser oferecida em relação aos crimes de ação penal pública incondicionada e condicionada à representação, já que o dispositivo se refere apenas a tais delitos. Assim, pelo menos de acordo com o texto da lei, a transação penal não seria cabível em crimes de ação penal de iniciativa privada. Contudo, não é essa a orientação que prevalece. A doutrina e a pacificada

jurisprudência entendem que não há fundamento razoável para não se admitir a transação penal em crimes de ação penal privada (LIMA, 2014).

Nesse diapasão, estando presentes os pressupostos acima referidos, a proposta de transação penal deve ser formulada pelo titular da ação penal, a depender se o delito é de ação pública ou de ação privada. É de se ressaltar que nos casos de ação privada ou de ação pública condicionada à representação, a anterior composição dos danos civis impede o oferecimento da proposta de transação, uma vez que a homologação da conciliação acarreta a renúncia ao direito de queixa ou de representação, extinguindo-se a punibilidade.

Vale lembrar ainda, segundo Renato Brasileiro de Lima (2014), que na hipótese de concurso de agentes, é plenamente possível que a proposta de transação penal seja oferecida apenas em relação a um dos coautores. Se aceita, seus efeitos não se estendem aos demais acusados.

Após o oferecimento da proposta, o acusado, devidamente acompanhado de um advogado, deverá dizer se aceita ou não as condições da transação penal, uma vez aceita, a análise vai para a apreciação do juiz competente. Como se observa, a presença de defesa técnica na audiência preliminar a fim de expressar a aceitação ou não das condições é indispensável à transação penal.

Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir a concessão do mesmo benefício, novamente, antes que tenha transcorrido o prazo legal de cinco anos.

Ressalte-se que o magistrado não está obrigado a homologar o a transação, devendo fundamentar a decisão de acordo com a legalidade da proposta e da aceitação. Mas, caso haja homologação, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir que o mesmo benefício seja novamente concedido no prazo de cinco anos.

Em relação ao momento processual, Renato Brasileiro de Lima (2014) afirma que o tempo correto para o oferecimento da proposta de transação penal é antes do recebimento da peça acusatória. Contudo, durante o curso processual, é possível que, em função da alteração da classificação do fato delituoso, a nova capitulação seja tida como infração de menor potencial ofensivo, passando a admitir a concessão da transação penal.

3.1.1 CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA TRANSAÇÃO PENAL

Como cediço, é impossível a conversão da pena alternativa, aplicada como condição da transação penal, em pena privativa de liberdade, quando há descumprimento de uma ou mais condições da transação penal. Nesse sentido, surgiram dúvidas sobre o que fazer quando o autor do fato descumpra as condições da transação penal.

Diante da problemática, duas correntes principais foram criadas. A primeira prescrevia que o Ministério Público deve oferecer a denúncia criminal para que seja instaurado um devido processo legal, retornando ao status quo anterior. A segunda, por sua vez, defendia que o Ministério Público teria que executar a transação penal, já que a sua homologação faria coisa julgada formal e, portanto, impediria o oferecimento da denúncia criminal.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (2005), a sentença não poderá ser classificada como absolutória, porquanto aplica uma sanção, de natureza penal. Mas tão pouco poderá ser considerada condenatória, uma vez que não houve acusação ou aceitação da imposição da pena não tem consequências no campo criminal.

É inquestionável que a homologação da transação penal configure sentença, passível de fazer coisa julgada material, dela derivando o título executivo penal. Por isso, se não houver cumprimento da obrigação assumida pelo autor do fato, nada se poderá fazer, a não ser executá-la, nos expressos termo da lei.

Entretanto, Renato Brasileiro de Lima (2014) afirma que a corrente doutrinária aceita na jurisprudência brasileira acerca do assunto entende que, diante do descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos acordada em transação penal, pouco importando se o acordo for homologado (ou não), a solução é a remessa dos autos ao Ministério Público (ou ao querelante), para que requeira a instauração de inquérito policial ou para que ofereça a peça acusatória em face do suposto autor do delito, na medida em que a decisão que homologa o acordo deixa de produzir efeitos quando descumprida, permitindo, assim, o início do processo.

Como a decisão que aplica a pena em virtude da transação penal não é condenatória, nem absolutória, mas meramente homologatória, não faz coisa julgada material. Logo, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao status quo anterior, viabilizando-se ao Ministério Público ou ao querelante a deflagração da persecução penal in iudicio.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento ao editar a Súmula Vinculante n.º 35, in verbis:

SÚMULA VINCULANTE N.º 35 - STF: A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

O entendimento abalizado na referida súmula vinculante é de que a decisão homologatória da transação penal não faz coisa julgada material, uma vez que diante do descumprimento das cláusulas estabelecidas na transação penal, retorna-se ao status quo anterior, viabilizando-se, assim, ao titular da ação penal a continuidade da persecução penal. Vale ressaltar que essa decisão não viola o contraditório e a ampla defesa. Isso porque o acusado terá direito ao contraditório e a ampla defesa durante a ação penal que ainda irá se iniciar (CAVALCANTE, 2014).

Em suma, após o descumprimento injustificado da transação penal, o juiz deverá determinar a abertura de vista dos autos ao titular da ação penal. Dessa forma, o membro do parquet, no caso de ação penal pública, terá duas opções, quais sejam a de oferecer denúncia ou requerer mais investigações, por meio da realização de um inquérito policial, caso entenda que ainda não existem provas suficientes.

3.2 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela Lei 9.099/95, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, dispostas no artigo 77 do Código Penal. Cumprido o período de provas, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

Vale lembrar que o presente instituto não se confunde com a suspensão condicional da pena, uma vez que a medida disposta no artigo 77 do Código Penal já existe um processo com sentença condenatória, ficando apenas a execução da pena privativa de liberdade suspensa por um período. Já no *sursis* processual, é o processo que fica

suspensão, desde o início, logo, sem que exista uma sentença condenatória (LOPES JR., 2014).

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2014) o que bem explica a natureza da suspensão condicional do processo é o *nolo contendere*, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência. Por isso, não se confunde com o *guilty plea*, nem tampouco com o *plea bargaining*. Isso porque o tradicional instituto anglo-saxônico do *guilty plea* consiste numa forma de defesa perante o juízo em que o imputado admite que cometeu o fato a ele atribuído. Portanto, dessa assunção de culpa derivam efeitos civis, como a obrigação de indenizar. Diferencia-se da suspensão condicional do processo, porquanto, nela, o acusado não admite nenhuma culpa. Tanto é verdade que, revogada a suspensão, o processo retoma seu curso normal, cabendo à parte acusadora o ônus da prova da culpabilidade do acusado. Por sua vez, o *Noplea bargaining* norte-americano, o imputado manifesta perante o Ministério Público sua decisão de declarar-se culpado, aceitando as imputações acordadas, assim como a pena pactuada, ao mesmo tempo em que renuncia a certas garantias processuais.

Em relação aos pressupostos de admissibilidade da suspensão condicional do processo, tem-se que o instituto é cabível nos crimes com pena mínima cominada igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidos ou não pela Lei 9.099/95, ressalvadas as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher. Vale lembrar que eventuais qualificadoras, privilégios, causas de aumento e de diminuição de pena serão levadas em consideração para se analisar o cabimento do *sursis* processual, com a ressalva de que deve ser sempre analisada a pena mínima cominada ao delito.

Sobre o tema, existem duas súmulas dos Tribunais Superiores, *in verbis*:

Súmula nº 723 do Supremo Tribunal Federal - Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de 1/6 (um sexto) for superior a 1 (um) ano.

Súmula nº 243 do Superior Tribunal de Justiça - O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano.

Como se pode observar, o crime não precisa ser da competência dos Juizados Especiais Criminais para ter direito à suspensão condicional do processo. Visto que, ao se referir ao cabimento da suspensão, o artigo 89 da Lei 9099/95 faz menção expressa aos crimes com pena mínima cominada igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não pelos Juizados Especiais Criminais.

Além disso, a disciplina expressa da Lei 9.099/95 faz menção apenas aos crimes com pena mínima igual ou inferior um ano, mas há pacificação na doutrina e jurisprudência em se admitir a incidência do referido instituto despenalizador no caso de contravenções penais. Afinal, se cabe a suspensão para o mais, tem que ser admitida para o menos, sob pena de evidente violação ao princípio da isonomia (LIMA, 2014).

Nesse ínterim, para que o acusado faça jus à suspensão condicional do processo, a Lei 9.099/95 estabelece que ele não pode estar sendo processado, tampouco ter sido condenado por outro crime. Observa-se, portanto, que prévia condenação ou processo quanto à prática de contravenção não são óbices ao *sursis* processual.

No que tange ao cabimento da suspensão condicional do processo em crimes cuja ação penal é de iniciativa privada, Aury Lopes Jr. (2014, p. 766), explicita que:

“No início da vigência da Lei n. 9.099, houve muita resistência. A partir de uma interpretação meramente gramatical (o artigo fala “o Ministério Público, ao oferecer a denúncia”), tanto a doutrina como também a jurisprudência afastavam a suspensão condicional nesses casos. Contudo, a situação mudou e, atualmente, predomina o entendimento de que é perfeitamente cabível a suspensão condicional do processo nos crimes de ação penal de iniciativa privada, sublinhando-se, todavia, que cabe ao querelante o oferecimento, pois é ele o titular do *ius ut procedatur*.”

Reunidos os pressupostos de admissibilidade, a proposta de suspensão condicional é um poder-dever do titular da ação penal, não sendo, portanto, lícito a este recusar-se injustificadamente a fazê-la. Sobre o tema, é evidente que a aplicação da suspensão condicional do processo é determinada pelo atendimento dos requisitos legais expressos na lei e não por poderes discricionários ou conveniências. Eventual oposição do órgão ministerial há de ser devidamente motivada, indicando as disposições normativas que não foram preenchidas *in concreto*.

A propósito, Renato Brasileiro de Lima (2014) explica que caso o Promotor de Justiça recuse-se a fazer a proposta, o magistrado, verificando a presença dos requisitos para a suspensão condicional do processo, deve aplicar, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal, encaminhando os autos ao Procurador-Geral de Justiça, a fim de que este se pronuncie sobre o oferecimento da proposta. Esse é o inteiro teor da súmula 696 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 696 – STF – Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Diferentemente da transação penal, onde a proposta é feita antes do oferecimento da denúncia, a suspensão condicional do processo é um instituto processual, ou seja, o titular da ação penal propõe ao réu, e não mais ao autor do fato, a suspensão do processo por um período de prova de dois a quatro anos.

Por outro lado, assim como a transação penal, é lógico que o titular da ação penal só deva propor a suspensão condicional do processo se visualizar que a conduta do réu é típica, ilícita e culpável, e que não está presente nenhuma causa extintiva da punibilidade.

Apresentada a proposta pelo titular da ação penal, esta será submetida à apreciação do réu e de seu defensor. De acordo a literalidade da lei, há necessidade de aceitação da proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz. A aceitação da proposta de suspensão condicional do processo penal constitui ato irretratável, salvo se comprovado que a manifestação de vontade do acusado acha-se afetada por vício de consentimento, como o erro e a coação. Aceita a proposta, esta será submetida à apreciação do juiz. Vale dizer que o magistrado não está obrigado a homologar o acordo penal, devendo analisar a legalidade da proposta e da aceitação (LIMA, 2014).

Aury Lopes Jr. (2014) assevera que, por se tratar de medida de caráter nitidamente transacional, o ideal é que o titular da ação penal e o réu cheguem a um consenso sobre um período proporcional, cabendo ao juiz fiscalizar a proposta para que o réu decida de forma consciente, compreendendo a natureza do ato e suas consequências. O período mínimo da suspensão é de dois anos e o máximo de quatro anos.

A regra adotada, então, é a da proporcionalidade entre o gravame decorrente da submissão ao período de provas e suas condições, em relação ao fato aparentemente

criminoso. Isso porque, ainda que a suspensão condicional não implique admissão de culpa e, assim, não se equipare a uma condenação, é inegável que ela possui um caráter punitivo.

As condições em espécie são: a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Ademais, o Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Dessa maneira, o instituto da suspensão condicional do processo é mais um exemplo da inovação consensual trazida pela criação dos Juizados Especiais Criminais. É, assim como a transação penal, um dispositivo que busca encontrar soluções ao encarceramento, tornando-se, pois, uma medida despenalizadora.

4 POSSIBILIDADE DE *SURDIS* PROCESSUAL APÓS O DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA TRANSAÇÃO PENAL

Após a apreciação conjunta dos Juizados Especiais Criminais e seus institutos citados anteriormente, é necessário analisar as possíveis consequências que a transação penal tem sobre a suspensão condicional do processo. Mais especificamente, considerar se é possível, quando há descumprimento de uma ou mais condições da transação penal, que o titular da ação penal ofereça a suspensão condicional do processo.

Com efeito, essa questão ganha contornos específicos em virtude da real e efetiva chance dessa questão aparecer concretamente. Além disso, a inexistência de normatização expressa sobre a aplicabilidade da suspensão condicional do processo após o descumprimento das condições da transação penal reforça a importância da questão.

Nesse sentido, todos os tópicos anteriores do trabalho foram sistematizados a fim de servirem como base a problemática apresentada. Isso porque, a criação dos Juizados Especiais Criminais representou uma inovação no sistema processual penal brasileiro.

Como cediço, a Lei 9.099/95 inaugurou uma jurisdição consensual no processo penal brasileiro, onde o titular da ação penal possa encontrar um equilíbrio com o autor do fato a fim de buscar uma resposta ao fato típico.

Em razão desta intensidade com que a Lei 9.099/95 revolucionou o sistema processual penal, a transação penal é tida como a principal dentre as novidades no ordenamento jurídico após 1995:

Assim, a aplicação imediata de pena não privativa da liberdade antes mesmo do oferecimento da acusação, não só rompe o sistema tradicional do *nulla poena sine iudicio*, como até possibilita a aplicação da pena sem antes discutir a questão da culpabilidade. A aceitação da proposta do Ministério Público não significa reconhecimento da culpabilidade penal, como, de resto, tampouco implica reconhecimento da responsabilidade civil. (GRINOVER, 2005, p. 41).

Além da transação Penal, a suspensão condicional do processo é outro instituto fortemente debatido na doutrina e jurisprudência brasileira. Por se tratar, assim como a transação penal, de algo que vai ao encontro da finalidade da Lei 9.099/95.

Ambos os institutos possuem caráter de medida despenalizadora, como também de medida descarcerizadora. Isso demonstra a que a transação penal e a suspensão condicional do processo são os principais exemplos que demonstram a finalidade dos Juizados Especiais Criminais.

Nesse diapasão, para responder a questão tratada, é necessário saber, como foi bem tratado no tópico 3.1.1, quais são as consequências para o autor do descumprimento da transação penal.

Primeiramente, é preciso esclarecer que em nenhum momento a Lei 9.099/95 diz que quem descumpra a transação penal não poderá se beneficiar do *sursis* processual. Além disso, a Súmula Vinculante n.º 35 do Supremo Tribunal Federal veio corroborar com o entendimento de que o descumprimento de uma ou mais condições da transação penal faz com que o processo volte ao início, dando oportunidade para que o titular da ação penal promova a peça inaugural.

Por outro lado, faz-se oportuna a apreciação do seguinte requisito para a suspensão disposta na Lei 9.099/95: desde que o acusado preencha os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, condições estas dispostas no artigo 77 do Código Penal. Em relação ao referido artigo do Código Penal, o que interessa para a presente questão é o seu inciso II: "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício" (BRASIL, 1940).

Quer-se com isso demonstrar que o titular da ação penal, mais precisamente o Ministério Público, pode deixar de oferecer a suspensão do processo após o descumprimento de algumas condições da transação penal, invocando o artigo 77, inciso II, como embasamento legal. Hipoteticamente, o parquet incluirá o fato do descumprimento em algumas das circunstâncias dispostas no referido artigo, seja na conduta social, na personalidade do autor do fato, bem como nos motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do *sursis*.

Acontece que, o titular da ação penal tem que estar ciente que a suspensão condicional do processo é um direito subjetivo do réu. Não é apenas uma expectativa de direito, mas sim um direito seu preexistente ao fato. Corroborando o entendimento é a posição de Luiz Flávio Gomes (1995, p. 140):

“O poderá do art. 89, destarte, dentro de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, que tem no *ius libertatis* um dos seus eixos principais, só pode ser compreendido como poder-dever. A discricionariedade com que conta o Ministério Público, sendo regrada, não significa liberdade total de escolher a via alternativa (*ad libitum*). Caso contrário, jamais o princípio da igualdade seria observado, pois, no final, alcançar ou não a suspensão do processo dependeria das convicções particulares de cada representante do Ministério Público. Deixar o *dominus litis* atuar conforme sua conveniência pessoal significa insegurança jurídica. Fatos idênticos iriam receber tratamentos distintos, visto que, como é natural, cada Promotor – tal como cada juiz, cada advogado – possui seus *second codes*. A suspensão do processo, desse modo, seria uma verdadeira loteria.”

Nesse diapasão, o não oferecimento da suspensão condicional do processo por parte do titular da ação penal só será admitida em *ultima ratio*, exigindo-se uma profunda fundamentação para se negar o direito ao réu. Desse modo, vê-se que o fato de descumprimento das condições da transação penal não pode ser alegado, por si só, como argumento para que o réu não tenha direito ao *sursis*.

Além disso, o magistrado terá ampla liberdade em divergir com o órgão do Ministério Público e remeter a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o artigo 28 do Código de Processo Penal. Por sua vez, o Juiz terá um papel ainda mais importante caso o titular da ação penal privada não proponha a suspensão condicional do

processo. Isso porque, como bem explica Aury Lopes Jr. (2014, p. 767), não se pode usar o dito artigo 28 como analogia:

“Mas e se o querelante, em que pese estarem presentes os requisitos legais, não oferecer a suspensão condicional do processo? Aqui a discussão persiste, pois não há como invocar o art. 28, pois ele só tem aplicação quando a omissão é do Ministério Público. Não havendo o oferecimento, mas presentes os requisitos legais, muitos autores defendem que nada pode ser feito. Mas pensamos diferente. Trata-se de um direito público subjetivo do réu e se, injustificadamente, o querelante não propõe a suspensão condicional do processo, caberá ao juiz fazê-lo, atuando como garantidor da máxima eficácia do sistema de garantias.”

Desse modo, é possível, por se tratar de um direito público subjetivo do réu, que haja aplicação da suspensão condicional do processo após o descumprimento injustificado de uma ou mais condições da transação penal, visto que o descumprimento não pode ser óbice, *per se*, para aplicação do *sursis*.

Portanto, não há óbice em não conceder ou renovar as medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95, quando do descumprimento das condições da transação penal, sob pena de não viabilizar ou atingir a finalidade precípua do referido diploma legal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Juizados Especiais Criminais, criados pela Lei 9.099/95, inovaram o sistema processual penal brasileiro ao inaugurar um microsistema de justiça criminal. O microsistema criado pelos Juizados Especiais Criminais inaugurou um modelo de jurisdição consensual no Brasil.

Nesse diapasão, os Juizados Especiais devem estar pautados nos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade. É de se frisar que, além do respeito a esses critérios orientadores, também é necessário se respeitar os princípios gerais do processo dispostos na Constituição Federal.

O surgimento do diploma legal em comento exprime a vontade do legislador em mudar o tratamento penal dos autores de crimes menos graves. Com efeito, ao longo da Lei 9.099/95 é possível observar a existência de quatro institutos despenalizadores e descarcerizadores que buscam afastar a imposição da pena privativa da liberdade.

Sob este enfoque, o instituto da transação penal foi uma das grandes inovações da lei, uma vez que aplicação de pena não privativa de liberdade antes do oferecimento da denúncia converge com a finalidade dos juizados.

Além da transação penal, outra inovação trazida pela lei é a possibilidade de suspensão condicional do processo após o oferecimento da denúncia, instituto com o propósito de evitar a prolação de uma sentença, por meio do sobrestamento da ação penal.

Destarte, o presente trabalho buscou analisar conjuntamente ambos os institutos citados anteriormente, ponderando quanto à possibilidade de aplicação de suspensão condicional do processo após o descumprimento de uma ou mais condições da transação penal.

Viu-se que, descumpridas as cláusulas do acordo penal, o processo retorna ao seu status quo anterior, dando oportunidade para que o titular da ação penal promova a exordial acusatória. Corroborando esse entendimento é o teor da Súmula Vinculante n.º 35 do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, após o recebimento da inicial acusatória, abre-se oportunidade para que o titular da ação penal ofereça a proposta de suspensão condicional do processo. É de se ressaltar que o sursis processual é um direito subjetivo do réu, não sendo, pois, uma mera expectativa de direito.

Sendo assim, o descumprimento de uma ou mais condições da transação penal não pode ser citado, per si, como argumento para que o réu não tenha direito à suspensão condicional do processo.

Em suma, como é direito subjetivo do acusado, é plenamente admissível que haja aplicação da suspensão condicional do processo após o inadimplemento de uma ou mais condições da transação penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília.** 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em maio de 2015.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União de 31.12.1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em maio de 2015.

BRASIL. Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Diário Oficial da União de 27.9.1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> Acesso em maio de 2015.

BRASIL. Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Diário Oficial da União de 13.7.2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm> Acesso em maio de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 243**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>> Acesso em maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 696**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>> Acesso em maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 723**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>> Acesso em maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 35**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPropostaSumulaVinculante>> Acesso em maio de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal** – 19.ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à nova Súmula Vinculante 35 do STF**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br>> Acesso em: 20/05/2014.

CRUZ, Silvanusa Rodrigues da Rocha. Institutos despenalizadores nos Juizados Especiais e no ECA. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3448, 9 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23197>>. Acesso em: 18 de maio 2015.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais: Lei 9.099, de 26.09.1995**. 3ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GAIO, Ana Paula Pina. O descumprimento da transação penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6982>. Acesso em maio 2015.

GARCIA FILHO, Leonardo Freitas. **Juizados Especiais Criminais: entre a irracionalidade do poder punitivo e o Direito Penal mínimo**. Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://http://bdm.unb.br/>>. Acesso em maio 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal: o novo modelo consensual de justiça criminal: Lei 9.099, de 26.9.95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, GOMES, Luiz Flávio, **Juizados Especiais Criminais - Comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.95**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/>>. Acesso em maio de 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada** - 2a ed.: Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Juspodivum, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11 . ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal I**. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. - São Paulo:Atlas, 2014.

SANTIN, Janaira Rigo. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: um estudo das leis 9.099/1995 e 10.259/2001**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA A CARACTERIZAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA

FERNANDO DIAS: Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário UNA

KARINA PINHEIRO DE CASTRO¹⁸⁸

(orientadora)

Resumo: O objetivo do presente estudo é analisar a necessidade do elemento subjetivo para que haja o reconhecimento judicial da legítima defesa. Para que tal objetivo seja alcançado, se fez necessário o estudo sobre a teoria do crime, das causas de excludente de ilicitude, os elementos objetivos da legítima defesa, e, por fim, uma análise das jurisprudências dos Tribunais do Estado de Minas Gerais e do Rio de Janeiro que versem sobre a necessidade do elemento subjetivo de legítima defesa, entre os anos de 2017 a 2019. Foram utilizados métodos de pesquisa jurisprudencial e bibliográfico com base nas análises feitas pode se perceber, para que a legítima defesa seja caracterizada e reconhecida judicialmente, além dos elementos objetivos – injusta agressão, iminência de agressão, meios necessários a repulsa e uso moderado dos meios –, é necessária a comprovação do elemento subjetivo. Pois, não havendo tal reconhecimento em razão da falta do elemento subjetivo, poderá o agente ter cometido ato ilícito, passível, portanto, de sanção penal.

Palavras-chave: Legítima Defesa. Elemento Subjetivo. Jurisprudência. Minas Gerais. Rio de Janeiro.

Abstract: The aim of this study is to analyze the need for the subjective element so that there is judicial recognition of self-defense. For this objective to be achieved, it was necessary to study on the theory of crime, the causes of exclusion of illegality, the objective elements of self-defense, and, finally, an analysis of the jurisprudence of the Courts of the State of Minas Gerais and Rio de Janeiro that deal with the need for the subjective element of self-defense, between the years 2017 to 2019. Jurisprudential and bibliographic research methods were used. Based on the analyzes made, it can be seen that the legitimate defense

¹⁸⁸ Professora de Direito Civil do Centro Universitário UNA (Parte Geral, Obrigações, Contratos, Responsabilidade Civil, Direitos Reais, Família e Sucessões), em Direito Processual Civil (Teoria Geral do Processo e Procedimentos Especiais), professora de Direito Civil de cursos preparatórios para concursos e Exame da OAB, advogada, parecerista da Revista Brasileira de Direito Civil, autora de obra e artigos jurídicos.

is characterized and recognized in court, in addition to the objective elements - unjust aggression, imminent aggression, means necessary for repulsion and moderate use of means - proof of the subjective element is necessary. Because, if there is no such recognition due to the lack of a subjective element, the agent may have committed an unlawful act, subject, therefore, to criminal sanction.

Key-words: Self Defense. Subjective Element. Jurisprudence. Minas Gerais.

Rio de Janeiro.

Sumário: 1 Introdução. 2 Teoria do crime. 2.1 Conceito de crime. 3 Causas de Excludente de Ilícitude. 3.1 Estado de Necessidade. 3.2 Legítima Defesa. 3.3 Em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito. 3.3.1 Estrito cumprimento do dever legal. 3.3.2 Exercício regular do direito. 4 A necessidade do elemento subjetivo para a caracterização da legítima defesa. 4.1 Conceito de elemento subjetivo da legítima defesa. 4.2 Análise doutrinária sobre a necessidade do elemento subjetivo para a caracterização da legítima defesa. 4.3 Entendimento jurisprudencial dos Tribunais de Justiça dos estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro sobre a necessidade do elemento subjetivo para a caracterização da legítima defesa. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O objetivo do presente estudo é analisar a necessidade do elemento subjetivo para que haja o reconhecimento judicial da legítima defesa.

De acordo com o art. 25 do Código Penal, a legítima defesa é a utilização dos meios necessários, para repelir agressão injusta sua ou de outrem, que seja atual ou imediata. Tendo como elementos caracterizadores: injusta agressão, iminência de agressão, meios necessários à repulsa e uso moderado dos meios. Já o elemento subjetivo seria o conhecimento de que o agente ao repelir injusta agressão, este estaria de tal modo amparado pelo instituto da legítima defesa.

Feita as devidas considerações, o objetivo do presente estudo é analisar a necessidade do elemento subjetivo para que haja o reconhecimento judicial da legítima defesa. Para que tal objetivo seja alcançado, faz-se necessária a abordagem de aspectos como a teoria do crime, as causas de excludente de ilícitude, os elementos objetivos da legítima defesa, e, por fim, uma análise das jurisprudências dos Tribunais do Estado de Minas Gerais e do Rio de Janeiro que versem sobre a necessidade do elemento subjetivo

de legítima defesa, entre os anos de 2017 a 2019, para que se possa verificar o entendimento adotado atualmente por estes tribunais.

Desse modo, a presente pesquisa parte do seguinte problema: existe a necessidade de se comprovar o elemento subjetivo para a caracterização da legítima defesa?

Para tal problematização, a hipótese apresentada é a de que para que a legítima defesa seja caracterizada e reconhecida judicialmente, além dos elementos objetivos – injusta agressão, iminência de agressão, meios necessários a repulsa e uso moderado dos meios –, é necessária a comprovação do elemento subjetivo. Pois, não havendo tal reconhecimento em razão da falta do elemento subjetivo, poderá o agente ter cometido ato ilícito, passível, portanto, de sanção penal.

Assim, o presente estudo foi dividido em quatro tópicos. Iniciou-se o estudo pela análise da teoria do crime, tratando sobre os elementos jurídicos do crime, a saber, fato típico, a ilicitude do fato típico e a culpabilidade.

Já o segundo capítulo buscou analisar as causas excludentes de ilicitude, trazendo o conceito, fundamentação legal e modalidades.

Por sua vez, no terceiro tópico foi feita uma análise reflexiva acerca da necessidade do elemento subjetivo para a caracterização da legítima defesa, buscando entender as divergências doutrinárias acerca do tema.

Por fim, o último tópico analisou o entendimento jurisprudencial dos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro sobre a necessidade do elemento subjetivo para a caracterização da legítima defesa.

Para tanto, o presente estudo usou como percurso metodológico a pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial.

2 Teoria do crime

2.1 Conceito de crime

O Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941, Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro, traz em seu art. 1º, a seguinte definição de crime:

“Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.(BRASIL, 1941)

No ponto de vista de Cezar Roberto Bitencourt:

“Essa lei de introdução, sem nenhuma preocupação científicodoutrinária, limitou-se apenas a destacar as características que distinguem as infrações penais consideradas crimes daquelas que constituem contravenções penais, as quais, como se percebe, restringem-se à natureza da pena de prisão aplicável”.(BITENCOURT, 2012, p. 592)

Rogério Greco por sua vez, explica que:

“Nosso atual Código Penal não nos fornece um conceito de crime, somente dizendo, em sua Lei de Introdução, que ao crime é reservada uma pena de reclusão ou de detenção, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.

Com essa redação, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal somente nos trouxe um critério para que, analisando o tipo penal incriminador, pudéssemos distinguir crime de contravenção, mesmo que essa regra tenha sido quebrada pelo art. 28 da Lei nº 11.343/2006. O Código Criminal do Império (1830) e o nosso primeiro Código Penal Republicano (1890) tentaram definir o conceito de crime”. (GRECO, 2016a, p.195)

Buscando entender o conceito de crime, será feita uma breve análise de três sistemas de conceituação do crime, a saber, o sistema formal, o sistema material e o sistema analítico. (JESUS, 2020, p. 213)

Segundo explica Greco (2016, p. 196) na concepção formal de crime, este "seria toda conduta que atentasse, que colidisse frontalmente com a lei penal editada pelo Estado."

Lado outro, sob o aspecto material, Damásio de Jesus (2020, p. 214) explica que o crime pode ser conceituado como a violação de bens jurídicos que sejam protegidos pelo Direito Penal.

Sobre o conceito material e formal de crime, Rogério Greco explica que:

“Na verdade, os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime. Se há uma lei penal editada pelo Estado, proibindo determinada conduta, e o agente a viola, se ausente qualquer causa de exclusão da ilicitude ou dirimente da culpabilidade, haverá crime. Já o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens mais importantes. Contudo, mesmo sendo importante e necessário o bem para a manutenção e a subsistência da sociedade, se não houver uma lei penal protegendo-o, por mais relevante que seja, não haverá crime se o agente vier a atacá-lo, em face do princípio da legalidade.

Como se percebe, os conceitos formal e material não traduzem o crime com precisão, pois não conseguem defini-lo”. (GRECO, 2016a, p. 197)

Sobre o conceito analítico de crime os autores Alexandre Salim e Marcelo André Azevedo (2017, p. 143) explicam que o conceito analítico de crime é dividido em duas correntes. Sendo que a primeira considera o conceito bipartido do crime, onde crime é uma conduta típica e ilícita, não considerando a culpabilidade como elemento do crime. Já a segunda corrente considera o conceito tripartido, onde crime é uma conduta típica, ilícita e culpável.

Alexandre Salim e Marcelo André Azevedo (2017, p. 144) destacam que “além de ser majoritário na doutrina, o conceito tripartite é adotado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores”.

3 Causas de Excludente de Ilicitude

Há situações em que uma conduta inicialmente poderia ser considerada ilícita, isto é, eram presumidamente antijurídicas. Contudo, o Código Penal de forma pontual em seu artigo 23, dispõe que o agente ao se encontrar em determinadas situações poderá ter a exclusão de sua ilicitude, assim a conduta que inicialmente era ilícita, passa a ter um caráter lícito, *in verbis*:

“Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito". (BRASIL, 1940)

Vale ressaltar, que a apesar do legislador excluir a ilicitude do agente que pratica o fato pautado nos incisos do citado artigo. No parágrafo único do artigo 23 do Código Penal, o legislador estabelece que "o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo". (BRASIL, 1940)

3.1 Estado de Necessidade

De acordo com o artigo 24, do Código Penal "considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se". (BRASIL, 1940)

Imaginemos a seguinte situação: A e B estão em um avião e que está prestes a cair, e há somente um paraquedas. A para se salvar golpeia B que acaba morrendo e pega o paraquedas para se salvar. Seria plausível que A fosse condenada pelo homicídio de B?

Na concepção de Estefam e Gonçalves (2016, p. 400), nesses casos "o direito autoriza uma delas a matar a outra, se isso for preciso para salvar sua própria vida."

Desse modo, de acordo com Fernando Capez (2018, p. 493) o estado de necessidade é um causa de excludente de ilicitude, no qual o indivíduo em situação de perigo atual "sacrifica um bem jurídico ameaçado por esse perigo para salvar outro, próprio ou alheio, cuja perda não era razoável exigir"

Sobre o tema Rogério Greco explica que:

"Diferentemente da legítima defesa, em que o agente atua defendendo-se de uma agressão injusta, no estado de necessidade a regra é que ambos os bens em conflito estejam amparados pelo ordenamento jurídico. Esse conflito de bens é que levará, em virtude da situação em que se encontravam, à prevalência de um sobre o outro.

Figurativamente, seria como se o ordenamento jurídico colocasse os bens em conflito, cada qual em um dos pratos de uma balança. Ambos estão por ele protegidos. Contudo, em determinadas situações, somente um deles prevalecerá em detrimento do outro". (GRECO, 2016, p. 424-425)

Salim e Azevedo (2017, p. 425) explicam que para que a conduta do indivíduo se enquadre como estado de necessidade se faz necessário que esteja presente os elementos objetivos presente no artigo 24 do Código Penal, a saber: "perigo atual, ameaça a direito próprio ou alheio, situação não causada voluntariamente pelo sujeito e inexistência de dever legal de enfrentar o perigo". Assim de acordo com Rogério Greco (2016, p. 425) "o elemento de natureza subjetiva, que se configura no fato de saber ou pelo menos acreditar que atua nessa condição" também deverá estar presente.

3.2 Legítima Defesa

Acerca da legítima defesa, o art. 25 do Código Penal estabelece que "entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem." (BRASIL, 1940).

De acordo com Luiz Regis Prado

"De acordo com a definição legal e clássica, encontra-se em legítima defesa (*vim vi repellere licet*) quem repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de terceiro, usando moderadamente dos meios de que dispõe (art. 25, CP)". (PRADO, 2019, p. 401):

Sobre a legítima defesa, nos ensina Cleber Masson, que:

"Em razão da sua compreensão como direito natural, a legítima defesa sempre foi aceita por praticamente todos os sistemas jurídicos, ainda que muitas vezes não prevista expressamente em lei, constituindo-se, dentre todas, na causa de exclusão de ilicitude mais remota ao longo da história das civilizações.

De fato, o Estado avocou para si a função jurisdicional, proibindo as pessoas a exercerem a autotutela, impedindo-as de fazerem justiça pelas próprias mãos. Seus agentes não podem, contudo, estar presentes simultaneamente em todos os lugares, razão pela qual o Estado autoriza os indivíduos a defenderem direitos em sua ausência, pois não

seria correto deles exigir a instantânea submissão a um ato injusto para, somente depois, buscar a reparação do dano perante o Poder Judiciário". (MASSON, 2017, p. 454)

Para que a legítima defesa esteja caracterizada, são necessários que os requisitos objetivos e, em tese, os subjetivos, estejam presentes.

São elementos objetivos caracterizadores da legítima defesa: injusta agressão, iminência de agressão, meios necessários à repulsa e uso moderado dos meios. Os elementos de caráter objetivo "são aqueles expressos, ou implícitos, mas sempre determinados pela lei penal". (GRECO, 2017, p. 424).

O elemento subjetivo das causas de excludente de ilicitude estará configurado quando, ao cometimento do ato, o executor "saber que atua amparado por uma causa que exclua a ilicitude de sua conduta". (GRECO, 2017, p. 424).

3.3 Em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito

De acordo com o penalista Rogério Greco (2016, p. 421) "a lei penal cuidou tão somente de explicitar os conceitos de estado de necessidade e de legítima defesa, ficando as demais definições a cargo de nossa doutrina". O Código Penal apenas previu que:

"Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

[...]

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito". (BRASIL, 1940)

Em vista disso, passa-se a conceituar o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular do direito de acordo com a doutrina.

3.3.1 Estrito cumprimento do dever legal

Conforme os penalistas Estefam e Gonçalves (2016, 413-414) o estrito cumprimento do dever legal ocorre, em regra quando a lei impõe ao agente público o dever de praticar alguns atos, que podem vir a ser considerado delito, para que este execute algum ato legal. Mas, de acordo com César Roberto Bitencourt, se faz necessário a presença de dois requisitos, a saber:

"a) estrito cumprimento — somente os atos rigorosamente necessários justificam o comportamento permitido;

b) dever legal — é indispensável que o dever seja legal, isto é, decorra de lei, não o caracterizando obrigações de natureza social, moral ou religiosa”. (BITENCOURT, 2012, p. 926)

Estefam e Gonçalves (2016, 414) destacam que existe um terceiro requisito, no qual a "conduta, como regra, de agente público e, excepcionalmente, de particular". A respeito desse requisito, Rogério Greco explica que:

“Há deveres impostos pela lei, contudo, que não são dirigidos àqueles que fazem parte da Administração Pública. O Código Civil, por exemplo, em seu art. 1.634, cuidando do exercício do poder familiar, diz competir aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e a educação. Para tanto, deverão os pais, muitas vezes, tomar atitudes enérgicas na criação e educação dos filhos. Se, porventura, com a finalidade de corrigi-los, vierem a constrangê-los de alguma forma, tal situação, na opinião de Assis Toledo, deverá ser analisada sob a ótica do estrito cumprimento de dever legal”. (GRECO, 2016, p. 471-472)

3.3.2 Exercício regular do direito

O exercício regular do direito pode ser compreendido como a atuação do indivíduo assegurado pela lei. A título de exemplo, temos a prisão em flagrante feita por particular, prevista no artigo 302, inciso III do Código de Processo Penal, o indivíduo que efetuar essa modalidade de prisão não estará praticando ato ilícito, tendo em vista que o legislador autorizou essa conduta, assim, "sua licitude reflete-se na seara penal, configurando excludente de ilicitude: exercício regular de um direito (CP, art. 23, III)." (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016, p. 412)

Sobre o tema lecionam Alexandre Salim e Marcelo André de Azevedo:

“Se o agente pratica à conduta em exercício a um direito (penal ou extrapenal) não há de se falar que essa atuação é contrária ao direito (ilícita). O que é permitido não pode, ao mesmo tempo, ser proibido. Porém, o exercício deve ser "regular", ou seja, deve obedecer às condições objetivas estabelecidas, sob pena de ser abusivo, caso em que o agente poderá responder pelo excesso, doloso ou culposo (CP,

art. 23, parágrafo único). o sujeito deve ter consciência de que está exercendo um direito". (SALIM; AZEVEDO, 2017, p. 293)

Conforme explicam os autores Estefam e Gonçalves (2016, p. 413) caso o indivíduo venha transbordar os limites impostos pela lei, este cometerá o abuso do direito e deverá responder pelos excessos, seja de forma culposa ou dolosa.

4 A necessidade do elemento subjetivo para a caracterização da legítima defesa

4.1 Conceito de elemento subjetivo da legítima defesa

O elemento subjetivo, também conhecido como *animus defendendi*, está ligado ao "psiquismo interno do agente, que deve ter consciência de que age sob a proteção da justificativa". (MASSON, 2017, p. 425)

Sobre o elemento subjetivo Rogério Greco Explica que:

"[...] o elemento subjetivo foi transportado da culpabilidade para o fato típico, mais precisamente para a conduta do agente, na verdade o foi para o próprio injusto penal. Sim, porque a antijuridicidade é um predicado da conduta típica. O dolo do agente pode ter simplesmente uma finalidade ilícita (matar alguém por motivo fútil), ou uma finalidade amparada pelo ordenamento jurídico (matar alguém para se defender de uma agressão injusta que estava sendo praticada contra a sua pessoa). Essa finalidade jamais poderá ser desprezada, sob pena de regredirmos a conceitos ultrapassados da teoria causal".(GRECO, 2017, p. 457)

Desse modo, o elemento subjetivo está atrelado ao interesse de agir do agente ou ao fim de agir do agente. Assim, quando se fala em elemento subjetivo da excludente de ilicitude da legítima defesa, significa que o agente ao ter determinada conduta, tem que prever que agiu de tal modo para se defender ou defender a outrem.

Contudo, a doutrina diverge sobre a temática da necessidade do elemento subjetivo para o reconhecimento da legítima defesa, como poderá ser visto nos tópicos que se segue.

4.2 Análise doutrinária sobre a necessidade do elemento subjetivo para a caracterização da legítima defesa

Imaginemos que o indivíduo está no meio de um protesto e acontece uma confusão e este invade a casa de alguém. Neste caso, ele está diante de uma injusta agressão, iminente e atual, o que restaria configurado os elementos objetivos da legítima defesa, previsto no art. 25, do Código Penal, dessa sorte, em tese não se faz necessário o indivíduo em sede de ação penal provar que invadiu a residência alheia por medo de se ferir e para se defender.

Acerca dos elementos objetivos os juristas estão de acordo em considerar a necessidade do elemento objetivo para a figuração da legítima defesa. Contudo no tocante, a necessidade do elemento subjetivo é que paira a discussão.

Como analisado, o elemento subjetivo da legítima defesa é quando o agente reconhece que sua conduta ilícita está amparada por uma causa de exclusão de ilicitude. Isto é, o elemento subjetivo está ligado ao pensamento do indivíduo, que no momento que tenta repelir uma injusta agressão deve estar ciente que a faz sob a ótica da legítima defesa.

Sobre o elemento subjetivo da legítima defesa, explica Luiz Regis Prado que o:

“[...] conhecimento da agressão e vontade de defesa. O agente deve ser portador do elemento subjetivo, consistente na ciência da agressão e no ânimo ou vontade de atuar em defesa de direito seu ou de outrem (*animus defendi*)”. (PRADO, 2019, p. 404)

Souza e Japiassú pontuam que:

“[...] deve estar presente o elemento subjetivo, isto é, o *animus deffendendi*. O propósito de reagir em autodefesa ou na defesa de terceiro é o que coloca na esfera da licitude um comportamento objetivamente típico”. (SOUZA; JIPIASSÚ, 2018, p. 265)

No mesmo sentido, Welzel (1997, p. 100 *apud* SOUZA; JIPIASSÚ, 2018, p. 265) destaca que “a ação de defesa é aquela executada com o propósito de defender-se da agressão. O que se defende tem que conhecer a agressão atual e ter a vontade de defender-se.”

Contudo, há doutrinadores como Noronha (1997, p. 201 *apud* NUCCI, 2019, p. 204) que entendem não ser necessário o elemento subjetivo para que seja figurada a legítima

defesa. Noronha (1997, p. 201 *apud* NUCCI, 2019, p. 204) explica que a legítima defesa “situa-se no terreno físico ou material do fato, prescindindo de elementos subjetivos. O que conta é o fim objetivo da ação, e não o fim subjetivo do autor.”

Ainda segundo Noronha:

“É causa objetiva de excludente da antijuridicidade. ‘Objetiva’ porque se reduz à apreciação ‘do fato’, qualquer que seja o estado subjetivo do agente, qualquer que seja sua convicção. Ainda que pense estar praticando um crime, se a ‘situação de fato’ for de legítima defesa, esta não desaparecerá. O que está no psiquismo do agente não pode mudar o que se encontra na realidade do acontecido. A convicção errônea de praticar um delito não impede, fatal e necessariamente, a tutela de fato de um direito”. (NORONHA, 1997, p. 196 *apud* NUCCI, 2019, p. 204)

Nélson Hungria, por sua vez destaca que:

“O preconizado critério subjetivo, em matéria de legítima defesa, só é compreensível para o efeito do relativismo com que, ocorrendo efetivamente uma agressão ou perigo de agressão, se deve apreciar o ‘erro de cálculo’ do agente, no tocante à gravidade da real agressão ou do real perigo, e conseqüente *excessus* no *modus* da reação. Somente para se saber se o *excessus defensionis* é doloso, culposo ou isento de qualquer culpabilidade, é que se pode e deve indagar da subjetividade da ação”. (HUNGRIA, 1936, p. 364 *apud* NUCCI, 2019, p. 204)

Diante dos argumentos apresentados pelos nobres doutrinadores, temos que a legítima defesa será caracterizada e reconhecida judicialmente, se além dos elementos objetivos – injusta agressão, iminência de agressão, meios necessários a repulsa e uso moderado dos meios –, esteja presente o elemento subjetivo. Pois, não havendo tal reconhecimento em razão da falta do elemento subjetivo, poderá o agente ter cometido ato ilícito, passível, portanto, de sanção penal.

Vale ressaltar, que o reconhecimento que se pede aqui por parte do indivíduo se refere a compreender que está agindo para defender a sua integridade ou a de outrem, e não está relacionado ao reconhecimento por parte do indivíduo que sua conduta se configura como ato ilícito.

4.3 Entendimento jurisprudencial dos Tribunais de Justiça dos estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro sobre a necessidade do elemento subjetivo para a caracterização da legítima defesa

De acordo como foi exposto anteriormente, por meio de um estudo feito em doutrinas penalistas, a legítima defesa é uma excludente de ilicitude que para ser figurada se faz necessário a presença de dois requisitos, a saber: o objetivo que se encontra de forma explícita no tipo penal da legítima defesa e o subjetivo, que apesar de não está de forma explícita no Código Penal, os doutrinadores entendem que este requisito é necessário para se ter o reconhecimento da legítima defesa.

Para uma profunda análise sobre o tema, se faz necessário um estudo jurisprudencial com o intuito de verificar se o elemento subjetivo é necessário para o reconhecimento da legítima defesa e se os Tribunais tem exigido a presença desse requisito para que conceda a exclusão da ilicitude.

Desse modo, foram feitas pesquisas de jurisprudências dos Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais e do Rio de Janeiro, entre os anos de 2017 a 2019. Contudo, a presente pesquisa realizada não teve o condão de esgotar o tema, o intuito foi apenas aprofundar sobre o tema para uma melhor compreensão.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro com o passar dos anos, vem sedimentando o entendimento de que para ser configurada a legítima defesa é necessária a presença dos elementos objetivos e do elemento subjetivo, conforme se verifica na decisão abaixo colacionada.

“[...]

Revela-se patente, assim, na espécie, o animus laedendi como força motriz à conduta do agente, em contraposição ao animus defendendi, que desponta como requisito subjetivo da justificante em foco, igualmente não cumprido, de forma que ora se reputa inócuo e insubsistente o anseio de fazer incidir a figura do artigo 25 da Lei Penal. (grifo nosso)

[...]

(0005476-47.2019.8.19.0002 - APELAÇÃO. Des(a). ELIZABETE ALVES DE AGUIAR - Julgamento: 18/09/2019 - OITAVA CÂMARA CRIMINAL)”.

O julgado acima colacionado se trata de apelação criminal, que foi interposta em face de decisão que condenou o réu pelo delito de lesão corporal no âmbito da relação doméstica e familiar. Alegou a parte Ré que agiu sob a égide da legítima defesa, pois apenas estava se defendendo das agressões da vítima.

Contudo, conforme provas acostadas nos autos tal tese defensiva não prosperou, tendo em vista a parte ré não ter conseguido provar que agiu em razão de injusta agressão ou que estava agindo para se defender.

Assim, a Oitava Câmara Criminal negou provimento ao apelo do acusado, por entender que os elementos objetivos e o elemento subjetivo da legítima defesa não estavam presentes, restando comprovado apenas o propósito do acusado em ferir a vítima.

Em sede da Apelação nº 0005146-72.2007.8.19.0066, a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferiu decisão parecida. Pois, entenderam os nobres julgadores que no caso em tela, o acusado não havia agido em legítima defesa, pois os elementos objetivos e o elemento subjetivo necessários para o reconhecimento da citada excludente de ilicitude, não estavam presentes. Consideraram que a intenção do acusado sempre foi de matar a vítima e não se defender.

Seguindo o mesmo entendimento das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, também consideram que para a excludente de ilicitude ser reconhecida, não basta que somente os elementos objetivos estejam presentes, se faz necessária à presença do elemento subjetivo – *animus defendendi*.

A Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos do processo nº 1.0024.14.064863-5, manteve a condenação do acusado, por entender que não era o caso de reconhecimento da excludente ilicitude - legítima defesa, devido os elementos previstos no art. 25, do Código Penal não estarem presentes.

Na mesma esteira, a decisão abaixo colacionada da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, manteve a condenação do Tribunal do Júri, por entender que não seria possível o reconhecimento da legítima defesa, pela ausência de seus requisitos.

“[...]”

4. Para a configuração da legítima defesa, faz-se mister a presença de quatro requisitos, a saber: agressão injusta, atual ou iminente, por parte da vítima contra o agente; existência de direito próprio ou alheio que o agente vise a resguardar; emprego, pelo agente, dos meios estritamente necessários e suficientes ao afastamento da agressão, de forma moderada; e, por fim, o "animus defendendi", sendo este último um elemento subjetivo, ao passo que todos os demais são de natureza objetiva. (*grifo nosso*)

[...]

(TJMG - Apelação Criminal 1.0051.15.000783-2/002, Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 18/04/2018, publicação da súmula em 27/04/2018)".

Diante das análises feitas das decisões dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Estado de Minas Gerais, conclui-se que ambos adotam o mesmo entendimento acerca da necessidade do elemento subjetivo, ou seja, da presença do *animus defendendi*, para o reconhecimento da legítima defesa e consequente exclusão do crime.

Assim, a corrente doutrinária majoritária e a jurisprudência caminham no mesmo sentido quando se trata do reconhecimento da legítima defesa, dizendo que se faz necessário a presença do elemento/requisito subjetivo, mesmo sendo este um requisito que não está de modo explícito no artigo 25 do Código Penal.

5 Conclusão

O presente estudo buscou, analisar a necessidade do elemento subjetivo para que haja o reconhecimento judicial da legítima defesa.

Para tanto, foi estudado o conceito de crime e as concepções deste. E após a análise a concepção mais usada pela doutrina é a que concerne ao aspecto analítico de crime, onde conceitua-se crime como sendo toda conduta típica, ilícita e culpável.

No que concerne ao estudo das excludentes de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito) o

legislador impõe que, para que o ocorra o seu conhecimento e consequente exclusão do crime, todos os requisitos devem ser preenchidos.

Sobre a necessidade do elemento subjetivo para o reconhecimento da legítima defesa, na doutrina a duas correntes. A corrente minoritária defende que não necessita que o indivíduo reconheça que está agindo com o ânimo de se defender, basta que ele reconheça que está agindo diante de uma injusta agressão, atual ou iminente, para defender direito seu ou de outrem.

Já a corrente majoritária, mais cabível ao caso, defende que o reconhecimento da legítima só será possível se estiver presente os elementos objetivos e o *animus defendendi* - elemento subjetivo.

No que concerne ao levantamento do entendimento adotado pelos Tribunais de Justiça do Estado de Minas Gerais e do Rio de Janeiro, percebe-se que ambos adotam o entendimento de que além dos elementos objetivos, para o reconhecimento da legítima defesa é necessário a presença do elemento subjetivo.

Ante o exposto, conclui-se que para o reconhecimento da legítima defesa é necessário que o elemento subjetivo esteja presente, caso contrário a ilicitude do crime permanecerá, e por consequência não haverá a exclusão do crime.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2018.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito Penal**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso Direito Penal**: parte especial. 18. ed. Niterói: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**: 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

HUNGRIA, Nélon. **A legítima defesa putativa**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1936.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 1.0051.15.0007832/002**. Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Belo Horizonte, Data de publicação: 27/04/2018. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=15&procCodigo=1&procCodigoOrigem=51&procNumero=783&procSequencial=2&procSeqAcordao=0>. Acesso em: 09 abr. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 1.0024.14.064863-5/001**. Relator: Octavio Augusto de Nigris Boccacini, Belo Horizonte, Data de publicação: 11/10/2017. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=14&procCodigo=1&procCodigoOrigem=24&procNumero=64863&procSequencial=1&procSeqAcordao=0>. Acesso em: 09 abr. 2021.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 32. ed. Atual. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 000-47.2019.8.19.0002**. Relator: Elizabete Alves de Aguiar, Rio de Janeiro, Data de publicação: 20/09/2019. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2019.050.14044>. Acesso em: 09 abr. 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0005146-72.2007.8.19.0066**. Relator: Siro Darlan de Oliveira, Rio de Janeiro, Data de publicação: 11/12/2017. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2019.050.14044>. Acesso em: 09 abr. 2021.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2018.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*: parte general. 11. ed. Tradução de Bustos Ramírez. Santiago do Chile: Jurídica, 1997, p. 100.